Das Schweigen auf Bestätigungsschreiben

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg i. B.

vorgelegt von

Egon Zlotnitzki

1 9 3 5
Bernhard Sporn, Buchdruckerei und Verlag
Zeulenroda

Referent: Professor Dr. Freiherr von Schwerin.

UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Einleitung.

§ 1. Gegenstand der Untersuchung 11
Der Begriff der „Bestätigung“ 11
§ 2. Rechtsentwicklung 13
II. Das Schweigen als Willenserklärung 16
§ 3. Die stillschweigende Willenserklärung 16
§ 4. Der Geschäftswille im Tatbestand der WE. 23
§ 5. Das Erfordernis des Erklärungsbewußtseins 27
a) Das Schweigen als Fiktion 29
b) Das Rechtsscheinprinzip 31
c) Die „fahrlässige“ WE. 32
d) Schweigen als echte Willenserklärung 35
§ 6. Die Anfechtbarkeit 39
§ 7. Die Auslegung der stillschweigenden WE. 41
a) Die Verkehrssitte 42
III. Schweigen im Handelsrecht 47
§ 8. Gesetzliche Vorschriften 47
IV. Das Schweigen auf Bestätigungsschreiben 53
§ 9. Die Arten von Bestätigungsschreiben 55
a) BestgSchrb. „zwecks“ Vertragsschluß 56
b) BestgSchrb. „nach“ Vertragsschluß 60
1.) Die deklaratorischen BestgSchrb. 61
2.) Die konstitutiven BestgSchrb. 64
§ 10. Schlüssigkeit des Schweigens 68
a) Die Frist für den Widerspruch; Beweislast . . . 68
b) Deutlichkeit des BestgSchrb. 69
c) Redlichkeit des Bestätigenden 70
d) Geschäftsbedingungen und Aufdrucke 72
§ 11. Besondere Fälle 75
a) Die Bitte um Gegenbestätigung 75
b) Sich kreuzende BestgSchrb. 77
§ 12. Minder- und Nichtkaufleute 79

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543125_0040

Literaturverzeichnis.

Achilles-Greiff	Bürgerliches Gesetzbuch. 13. Aufl. Berlin u. Leipzig 1930.
Apt	Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr. II. Bd. 1910, III. Bd. 1914.
Becker	Wirkung und rechtliche Bedeutung des kfm. BestgSchrb.: RdschfGmbH 1928/235 ff.
Becker	Die Bedeutung des Schweigens im Handelsverkehr: Recht und Handel, 1927/61 ff.
Becker	Bestätigungsschreiben: Recht und Handel, 1927/6 ff.
Becker	Allgemeine Geschäfts- (Lieferungs-) Bedingungen: Recht und Handel 1927/347 ff.
Beckmann	Das kfm. Bestg.Schrb. in seinen Wirkungen zum Vertragsschluß. Diss. Erlangen 1929.
Bendix	Verkehrssitte und Handelsgebräuche: JW 1921/226 ff.
Binder	Wille und Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäftes: Archf.RuWirtschPhil. V/266 ff., 414 ff., 556 ff.; VI/96ff., 282 ff., 451 ff.
Brand	Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1911.
Brodmann	Die Handelsgeschäfte; Allg. Grundsätze: Ehrenbergs Hdb. IV. Bd. 2. Abtlg. S. 1ff.
Cosack-Mitteis	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. Die allgem. Lehren und das Schuldrecht. 8. Aufl. Jena 1927.
Crome	System des dtsch.bürg. Rechts. I. Bd. Einltg. u. Allg. Teil. 1900.
Danz	Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 3. Aufl. Jena 1911.
Danz	Zur Willens- und Erklärungstheorie des Bürgerlichen Gesetzbuches: DJZ 1906/1277 ff.
Danz	Laienverstand und Rechtsprechung: Jherings J. 38/373 ff.
Dernburg	Das bürgerliche Recht. I. Bd. Die allgem. Lehren. 3. Aufl. 1906.
Dove-Meyerstein	Gutachten über Handelsgebräuche; erstattet von der Industrie- und Handelskammer zu Berlin. III. Bd. 1926, IV. Bd. 1930,
Düringer-Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch. 3. Aufl. 1932, IV. Bd. Allgem. Einltg. zum 3. Buch und §§ 343—372;

erl. von Breit, Hoeniger, Werner. §§ 343—354: Werner.

Ehrenberg — Die Minderkaufleute: Ehrenbergs Hdb. II, 1/108 ff.

Ehrlich — Die stillschweigende Willenserklärung. Berlin 1893.

Eltzbacher — Die Handlungsfähigkeit. Berlin 1903.

Endemann — Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. Einltg., Allgem. Teil; Recht d. Schuldverhältnisse. 9. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus-Nipperdey — Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd. Einltg., Allgem. Teil. 13. Bearbtg. Marburg 1931.

Enneccerus-Lehmann — Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Bd. Recht d. Schuldverhältnisse. 12. Bearbtg. Marburg 1932.

Entwurf — eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. Lesung (Amtl. Ausg.) 1888.

Förtsch — Sprache der Juristen, der Gesetze, der Geschäftswelt: DJZ 1905/15ff.

Friedenthal — Das kaufmännische Bestätigungsschreiben: Rechtsfragen der Praxis, Bd. 21, 1929.

Friemel — Ueber die rechtliche Bedeutung des kfm. Bestätigungsschreibens. Diss. Jena 1927.

Fritze — Die stillschweigende Willenserklärung im Bürgerlichen Gesetzbuch: ArchBürgR 14/181 ff.

v. Gierke — Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. Berlin und Leipzig 1933.

Goldmann-Lilienthal — Das Bürgerliche Gesetzbuch. I. Bd. Allgem. Teil u. Recht d. Schuldverh. 2. Aufl. Berlin 1903.

Goldschmit — Handelsgesetzbuch. München 1929.

Gruenbaum — Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft: Gruchot 73 (1933)/S. 197 ff.

Hallermann — Ueber die Verpflichtung des Geschäftsherrn durch Abschlüsse seines Vermittlungsagenten nach § 85 HGB: ZfHR Bd. 89/225 ff.

Hamburger — Treu und Glauben im Verkehr. 1930.

Hartmann — Werk und Wille bei dem sog. stillschweigenden Konsens: ArchZP 72/161 ff.

Hartmann — Wort und Wille im Rechtsverkehr: JheringsJ 20/1 ff.

Hauser — Die Anfechtung der Versäumung der Erbausschlagungsfrist. § 1956 BGB: JheringsJ 65/271ff.

Hedemann — Reichsgericht und Wirtschaftsrecht. Jena 1929.

Henle — Vorstellungs- und Willenstheorie. Leipzig 1910.

Henle — Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (Antrittsvorlesung Bonn), 1910.

Heymann	Wechselzeichnung der Sparkassen: Festg.f.d.RG. (Die Reichsgerichtspraxis) Bd. IV/287 ff.; insbes. S. 325 ff. 1929.
Hildebrandt	Erklärungshaftung. Berlin u. Leipzig 1931.
Hölder	Kommentar zum Allgemeinen Teil des BGB. München 1900.
Hölder	Der Inhalt der Willenserklärung. Dekanatsprogramm, Leipzig 1911.
Hölder	Das Wesen der rechtswirksamen Willenserklärung: JheringsJ 55/413 ff.
Hölder	Willenstheorie und Erklärungstheorie: JheringsJ 58/101 ff.
Isay	Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem BGB. 1899: Abhdlgen zum Privatrecht u. Zivilprozeß (Fischer) Bd. 2/Heft 2.
Jacobi	Die Theorie der Willenserklärungen. München 1910: Abhdlgen zum Privatrecht u. Zivilprozeß, Bd. 20/Heft 2.
Jacobsohn	Die Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums: JheringsJ 56/329 ff.
Jacobson	Das Schweigen im Handelsverkehr: BankArch III (1903/04)/S. 197 ff.
Kiß	Gesetzesauslegung und „ungeschriebenes" Recht: JheringsJ 58/413 ff.
Koenige	Handausgabe des Handelsgesetzbuchs. 3. Aufl. 1932. Bearb. v. Koenige-Teichmann-Köhler.
Krause	Schweigen im Rechtsverkehr: Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- u. Landwirtschaftsrecht, herausgeg. v. Heymann Bd. 67, Marburg 1933.
Larenz	Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts. Leipzig 1930.
Lehmann	Allgemeiner Teil des BGB. 4. Aufl. 1933.
Leist	Die Einschränkung der Irrtums- und Täuschungsanfechtung in der Praxis: ArchZP. 102/215 ff.
Lenel	Parteiabsicht und Rechtserfolg: Iherings 19/154ff.
Leo	Anm. zu JW. 1931/3602[2].
Leonhard, Franz	Allgemeines Schuldrecht des BGB.: Syst. Hdb. d. dtsch. Rechtsw. (Binding) X, II, 1.
Leonhard, Franz	Die Beweislast. 2. Aufl. Berlin 1926.
Leonhard, Rudolf	Der Irrtum bei nichtigen Verträgen. Berlin 1882.
Leonhard, Rudolf	Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.
Lewin	Das kaufmännische Bestätigungsschreiben. Diss. Breslau 1928.
Makower	Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, Kommentar, 10. Aufl. 1890.
Makower	Handelsgesetzbuch, II. Bd., Buch III (Handelsgeschäfte) 13. Aufl. 1907.

Manigk	Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.
Manigk	Irrtum und Auslegung. Berlin 1918.
Manigk	Stillschweigend bewirkte Vollmachten im Handelsrecht: Beiträge zum Wirtschaftsr. Bd. II: Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftrecht (Heymann) Bd. 62, II/S. 590 ff. (631 ff.).
Manigk	Das System der juristischen Handlungen im neuesten Schrifttum: IheringsJ Bd. 83 (1933)/ S. 1 ff.
Mosse-Heymann	Handelsgestzbuch. 17. Aufl. Berlin u. Leipzig 1926.
Motive	zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I (Amtl. Ausg.) 1888.
Neufeld-Schwarz	Handelsgesetzbuch; II. Bd. Handelsgeschäfte (Schwarz) Berlin 1931.
Niemeyer	Geltung seitlich gedruckter Klauseln als Vertragsinhalt: LZ. 1916/300 ff.
Oertmann	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgem. Teil, 3. Aufl. Berlin 1927.
Oertmann	Der gewöhnliche Handelskauf: Ehrenbergs Hdb. IV, 2/327 ff.
Oertmann	Rechtsordnung und Verkehrssitte. Leipzig 1914.
Oertmann	Bemerkungen über die Bedeutung des Schweigens im Handelsverkehr: ZBlf.HR. 1926/7 ff.
Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd. Allg. Teil (Knoke-Strecker-Flad) 4. Aufl. Berlin 1913.
Plum	Anm. zu JW. 1921/1465[8].
Protokolle	der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. I, 1897.
Rebitzki	Ungewollte Willenserklärungen. Diss. Königsberg 1911.
Reichsgerichtsräte	Das Bürgerliche Gesetzbuch. Erl. von Reichsgerichtsräten (RGRKomm.) I. Bd. Allg. Teil (Busch, Oegg, Sayn); Recht d. Schuldverh. I (Michaelis) 7. Aufl. Berlin u. Leipzig 1929.
Riezler	Venire contra factum proprium. Leipzig 1912.
Ritter	Das Handelsgesetzbuch. Kommentar 2. Aufl. München u. Berlin 1932.
Rosenberg	Die Beweislast. 2. Aufl. Berlin 1923.
Rosenwald	Stillschweigen im Handelsrecht. Diss Erlangen 1930.
Savigny	System des heutigen Römischen Rechts. 3. Bd. Berlin 1840.
Siegel	Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde: ArchZP. 111/1 ff.

Siller	Das kaufmännische Bestätigungsschreiben: Jur Rdsch. 1927/Sp. 289 ff.
Siller	Anm. z. JW. 1931/3082[6].
Schloßmann	Der Vertrag. Leipzig 1876.
Schmidt-Rimpler	Anm. zu JW. 1926/2532[7].
Schneider	Treu und Glauben. München 1902.
Schneider	Zur Verständigung über den Begriff von Treu und Glauben: ArchBürgR. 25/269 ff.
Schneider	Abänderliches Recht und Verkehrssitte: JheringsJ 59/383 ff.
v. Schwerin	Recht der Wertpapiere. Berlin u. Leipzig 1924.
Staub	Kommentar zum Handelsgesetzbuch I. Bd. Einltg. und §§ 1—104 (Bondi) §§ 105—177 (Pinner) 14. Aufl. Berlin u. Leipzig 1932. III. Bd. §§ 343—375 (Gadow)-Heinichen 14. Aufl. 1933.
v. Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I. Bd. Allg. Teil (§§ 90—240: Riezler) 9. Aufl. 1925. II. Bd. Recht d. Schuldverh. (§§ 241—432: Werner) 9. Aufl. 1930.
Stern	Stillschweigen bei sich kreuzenden kaufmännischen Bestätigungsschreiben: DJZ. 1923/165 f.
Thon	Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.
Titze	Die Lehre vom Mißverständnis. Berlin 1910.
Titze	„Irrtum“: Handw. d. Rechtswissensch. (Stier-Somlo) Bd. III S. 368 ff. 1928.
Titze	Anm. z. JW. 1925/779[33].
v. Tuhr	Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 1. Hälfte: System. Hdb. (Binding) X, 1, II.
Wächter	Pandekten. Bd. I Allg. Teil, Leipzig 1880.
Walsmann	Anm. z. JW. 1926/2434[7].
Warneyer	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I. Bd. §§ 1—853. 2. Aufl. Tübingen 1930.
Wedemeyer	Der Abschluß eines obligatorischen Vertrages. Göttingen 1904.
Wellspacher	Das Vertrauen auf äußere Tatbestände. Wien 1906.
Wendt	Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht: ArchZP. 92/1 ff.
Windscheid-Kipp	Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.
Winkelmann	Einfluß und Wirkung von kaufmännischen Bestätigungsschreiben. Diss. Göttingen 1931.
Wolff, Karl	Mentalreservation: JheringsJ 81/53 ff.
Zitelmann	Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879.
Zitelmann	Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgem. Teil, Leipzig 1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG).
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (ROHG).
Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen (Bolze).
Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgeg. von Warneyer (Warneyer).
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte (SeuffArch).
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgeg. von Mugdan und Falkmann (OLG).
Höchstrichterliche Rechtsprechung (HRR).
Die Rechtsprechung, Beilage zur JurRdsch. (JurRdschRspr.).
Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begr. von Gruchot (Gruchot).
Archiv für die zivilistische Praxis (ArchZP).
Archiv für bürgerliches Recht (ArchBürgR).
Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie (ArchRuWirtschPhil).
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (IheringsJ).
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß (Sächs.Arch).
Sächsisches Archiv für Rechtspflege (SächsArchRpfl.).
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (SeuffBl).
Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts (KGBl).
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgeg. von Soergel (Recht).
Juristische Wochenschrift (JW).
Deutsche Juristenzeitung. (DJZ).
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (LZ).
Juristische Rundschau (JurRdsch).
Rundschau für GmbH. (RdschfGmbH).
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, begr. von L. Goldschmidt (ZfHR).
Hanseatische Rechtszeitschrift (HansRZ).
Hanseatische Gerichtszeitung (HansGZ).
Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift (HansRGZ).
Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, begr. von Holdheim (Holdh).
Recht und Handel (RuH).
Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen (BankArch).
Zentralblatt für Handelsrecht (ZBlHR).

I. Einleitung.

§ 1.

Gegenstand der Untersuchung.
Der Begriff der „Bestätigung".

Das Bestätigungschreiben und vor allem die Wirkung des Schweigens darauf ist in der Wissenschaft wiederholt Gegenstand eingehender Erörterungen gewesen, da infolge völligen Fehlens gesetzlicher Vorschriften die Meinungen über dessen rechtliche Natur weit auseinandergehen.

Gerade das Bestätigungsschreiben hat sich in steigendem Maße zu einem wichtigen Instrument des kaufmännischen Handelsverkehrs entwickelt. Es ist dies eine Folge des modernen Verkehrs, der wachsenden Schnelligkeit des Güterumschlags, die es mit sich bringen, daß Abschlüsse vorwiegend telephonisch oder telegraphisch getätigt werden, wobei aber gerade die besondere Natur dieser Verständigungsmittel in hohem Maße die Bildung von Fehlerquellen und Mißverständnissen begünstigt, andererseits dazu zwingt, von längeren Ausführungen abzusehen. Darum hat sich in weiten Kreisen des Handels die Sitte herausgebildet, solche Abschlüsse durch gleichzeitiges oder nachträgliches Schreiben zu „bestätigen".

Zunächst ist jedoch erforderlich, den oft recht weit gefaßten und fließenden Begriff des „Bestätigungsschreibens" zu umgrenzen. Es ist dabei festzustellen, daß weder das Bürgerliche noch das Handelsgesetzbuch das Bestätigungsschreiben zu kennen scheint, in beiden Gesetzbüchern sucht man es vergebens. Zwar gebraucht das BGB. an einigen

Stellen[1]) das Wort „bestätigen", aber jedesmal in einem Sinn, der für unsere Betrachtung ohne Wert ist[2]).

Ebensowenig ergiebig ist der Sprachgebrauch des täglichen Verkehrs, denn häufig wird durch ein Schreiben der Eingang von Ware oder der Empfang eines Briefes „bestätigt", ohne daß in diesem Fall etwa ein echtes Bestätigungsschreiben vorläge. Vielmehr versteht man darunter in technischem Sinne dem ursprünglichen Zweck nach ein Schreiben, das eine Vertragspartei der anderen übermittelt mit dem Zweck, den Inhalt eines mündlich, telephonisch, telegraphisch oder durch Vertreter abgeschlossenen Vertrages abschließend zusammenzufassen, und darüber hinaus finden dieselben Grundsätze auch auf die Fälle Anwendung, in denen ein Vertragsschluß noch nicht vorliegt, das Schreiben also erst dem Abschluß dient[3]). Man hat dagegen eingewandt, ein solches Bestätigungsschreiben ohne vorhergehenden Vertragsschluß sei undenkbar, weil ein Widerspruch in sich selbst[4]), denn „bestätigen" könne man nur etwas, was schon irgendwie vorhanden sei, ein „Bestätigungs"-Schreiben müsse daher notwendig eine genaue Wiedergabe eines bereits getätigten Abschlusses sein. Diese Ansicht übersieht aber, daß der Begriff des Bestätigungsschreibens tatsächlich kein einheitlicher ist, sondern daß es durch die kaufmännische Uebung zum Sammelnamen für verschiedene rechtliche Tatbestände geworden ist[5]).

Es wird daher notwendig werden, die verschiedenen Arten von Bestätigungsschreiben von einander zu trennen. Das hindert jedoch nicht, einige grundsätzliche Fragen im voraus zu behandeln.

---

1) §§ 141, 144, 1325II, 1337II, 1350II, 1741, 2284 BGB.
2) z. B. „Bestätigung" eines nichtigen Rechtsgeschäfts: § 141 = Neuvornahme!
3) Darüber vgl. § 9 unter a).
4) SeuffArch. 73/3.
5) Förtsch: DJZ. 1905/17.

§ 2.

Rechtsentwicklung.

Geht einem Kaufmann ein Bestätigungsschreiben[1]) zu, so sind zwei Möglichkeiten denkbar; entweder er gibt in aktiver Form seine Zustimmung oder Ablehnung mit dessen Inhalt zu erkennen, oder aber er schweigt.

Es ist verständlich, daß nur die letzte Alternative besonderes Interesse beansprucht, denn nur hier entstehen die eigentlichen Streitfragen. Allerdings sind diese nicht etwa neuen Datums, denn wenn auch die Bedeutung des Bestg.Schrb. erst der modernen Verkehrsentwicklung zu danken ist, so hat die Frage, wie das Unterlassen einer Antwort auf ein zugegangenes Schreiben zu beurteilen ist, die Rechtsprechung schon vor Errichtung des Bundes- (späteren Reichs-)Oberhandelsgerichts beschäftigt.

Schon diese ältere Rechtsprechung stellte den Grundsatz auf, daß immer dann den Kaufmann eine Redepflicht treffe, wenn es sich um Anträge oder Anfragen innerhalb einer bestehenden Geschäftsverbindung handele, und das Schweigen des Empfängers für den Absender von Bedeutung für sein ferneres Verhalten geworden sei. Unter diesen besonderen Voraussetzungen gelte Schweigen als Einwilligung[2]).

Das ROHG schritt auf diesem Wege fort, indem es feststellte, daß das Stillschweigen auf eine Anfrage oder Anzeige im Handelsrecht nicht etwa als Genehmigung im Prinzip anzuerkennen sei, vielmehr habe auch im Handelsrecht der Satz: qui tacet, consentire videtur, keine allgemeine Geltung[3]), eine Rechtspflicht, sich auf Mitteilungen und Anfragen alsbald zu erklären, sei nach Handelsgebrauch nur unter besonderen Umständen, namentlich dann anzuerkennen, wenn das Unterlassen einer Erklärung als Verletzung von Treue und Glauben er-

---

1) Im folgenden abgekürzt: BestgSchrb.

2) OAG Lübeck: SeuffArch. i/Nr. 40, S. 45 (1844); dasselbe schon 1823: SeuffArch. 4/Nr. 211, S. 336: „weil es wider Treu und Glauben verstoßen würde, hier erst den Ausgang abzuwarten, und je nachdem dieser gut oder schlimm ausfällt, das Geschäft wider sich gelten zu lassen oder aufzurufen." Vgl. ferner: SeuffArch. 14/Nr. 125, S. 198 (Kiel); SeuffArch. 25/Nr. 264, S. 409 (Jena); SeuffArch. 29/Nr. 160, S. 248 (Celle); SeuffArch. 31/Nr. 262, S. 332 (Nürnberg).

3) ROHG 1/80; 2/91; 15/96.

scheinen würde [4]). Ein solches Stillschweigen aber könne als „ein der bona fides nicht entsprechendes Verhalten" und „als Versuch einer Speculation auf Kosten des Gegners" nur als Genehmigung aufgefaßt werden [5]).

Diesen Grundsätzen ist im allgemeinen auch das Reichsgericht gefolgt [6]). Es hat sie sogar noch erweitert, indem es selbst dann das Schweigen als Genehmigung des Bestg.Schrb. ansah, wenn dieses vom mündlichen Vertrage abwich [7]) oder ihn um die Bestimmung des Erfüllungsortes erweiterte [8]). Grundlegend für die ganze spätere Entwicklung des Bestätigungsschreibens ist die Entscheidung des II. Senats des RG vom 4. März 1903: RG 54/176 ff. geworden. In dieser Entscheidung führt das Reichsgericht aus, daß unter bestimmten Voraussetzungen das Schweigen des Empfängers eines BestgSchrb. als Genehmigung des Inhalts zu gelten habe. Denn da das BestgSchrb. eine einseitige Willenserklärung ist, ist die Frage, ob ein Vertrag durch Stillschweigen auf einen Antrag überhaupt zustandekommen kann.

Das RG a.a.O. nimmt dazu folgendermaßen Stellung [9]): „Wenn nun auch die im gegebenen Fall allein in Betracht kommende Frage, ob im Handelsverkehr ein Vertrag auch durch Stillschweigen auf ein Vertragsanerbieten zustande kommen kann, weder im Handelsgesetzbuch noch im Bürgerlichen Gesetzbuch ausdrücklich geregelt ist, so ist hieraus doch nicht zu schließen, daß der Gesetzgeber dadurch die rechtliche Möglichkeit eines derartigen Zustandekommens eines Vertrages verneinen wollte, zumal da in den Protokollen der II. Kommission für das BGB hervorgehoben ist, daß die Frage, was als stillschweigende Willenserklärung zu gelten habe, im BGB nicht entschieden werden solle." „Unter der Herrschaft und auf Grund des Art. 279 ADHGB, mit welchem § 346 HGB hinsichtlich der Beziehungen von Kaufleuten zueinander übereinstimmt, ist aber gerade auf dem handelsrechtlichen Gebiet von der Rechtsprechung vielfach das Schweigen

4) ROHG 17/238; Makower, Komm. z. ADHGB, Art. 279,2. Ebenso ROHG 1/81; 11/435 (bereits von „Bestätigung" sprechend); 14/372; 15/96; 19/123; 22/132. Vgl. auch Ehrlich, Stillwgd. WE., S. 180 ff, 189, 220.

5) ROHG 13/46; 14/430; 19/5.

6) RG 30/62; JW 1894/318[22]); SächsArch. 10/468; 11/453; 12/62.

7) JW 1897/88[34]); OLG 8/28.

8) JW 1898/162[29]); DJZ 1903/456; KGBl 1901/52.

9) RG 54/176 ff. Infolge ihrer Grundsätzlichkeit sind größere Teile der Entscheidung im Wortlaut übernommen.

des einen Teils auf eine Willenserklärung des anderen Teils, die im Falle des Nichteinverständnisses des Empfängers eine alsbaldige Antwort desselben erheischt haben würde, als Einverständnis mit dieser Willenserklärung aufgefaßt worden."

„Es darf daher im Hinblick auf diese frühere Rechtsentwicklung einerseits und auf die Vorschrift des § 346 HGB andererseits — wonach unter Kaufleuten in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist — unbedenklich angenommen werden, daß im Handelsverkehr das Stillschweigen eines Kaufmanns auf ein ihm von einem anderen Kaufmann gemachtes vertragliches Anerbieten im Hinblick auf derartige Gewohnheiten oder Gebräuche unter Umständen als Zustimmung angesehen werden kann."

Damit hat das Reichsgericht eindeutig ausgesprochen, daß u. U. auch rein passives Verhalten die Bedeutung und Wirkung einer zustimmenden Willenserklärung haben kann.

II. Das Schweigen als Willenserklärung.

§ 3.

Die stillschweigende WE.

Die ältere Literatur [1]) verneinte jedoch die Existenz von Willenserklärungen durch passives Verhalten überhaupt, denn da die Willenserklärung fast durchweg „als eine species des allgemeineren Begriffs der Handlung" erscheine [2]), könne eine Unterlassung, die doch Nichthandlung sei, unmöglich eine Willenserklärung sein [3]). „Gibt es wirklich ‚Handlungen durch Unterlassungen', oder ist dieser Begriff eine Fiction", fragt Zitelmann [4]). Jedoch mit Unrecht, denn hier handelt es sich um eine bestimmte Art passiven Verhaltens. Unterlassen bedeutet nicht „nichts tun", sondern „etwas nicht tun", und zwar etwas, von dem ein anderer erwartet, daß es getan werde. „Unterlassen" ist also nicht Passivität schlechthin, sondern Passivität in Richtung auf etwas hin [5]).

Im übrigen ist heute allgemein anerkannt, daß auch Willenserklärungen durch Schweigen denkbar sind. Es hat dies der Entwurf zum BGB. ausdrücklich ausgesprochen [6]), und lediglich, weil entbehrlich

---

1) Schlossmann, Vertrag, S. 129; Ehrlich, Stillschwgd. WE., S. 287; vgl. auch Hartmann: ArchZP. 72/161ff. (171).

2) Schlossmann, a.a.O., S. 129.

3) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 260.

4) Zitelmann, S. 260.

5) Rosenwald, Diss. S. 38.

6) Entwurf I zum BGB, § 72: „Die WE. kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen".

wurde von einer Uebernahme in das BGB. abgesehen, denn „es verstehe sich von selbst, daß jede Willenserklärung in Ermangelung einer entgegenstehenden gesetzlichen Bestimmung sowohl ausdrücklich als stillschweigend erfolgen könne“ [7]).

In der Theorie herrscht jedoch lebhafter Streit darüber, wie man die stillschweigende Willenserklärung (WE.) von der ausdrücklichen abgrenzen könne und welche Folgen eine solche Unterscheidung habe [8]). Es hat an Meinungen nicht gefehlt, die einen Unterschied völlig geleugnet haben [9]). Das war z. T. eine Folge der oberflächlichen Einteilung, die „ausdrücklich“ nur die durch Worte geäußerte, „stillschweigend“ die wortlose, d. h. durch eine Handlung betätigte WE. nannte [10]), eine in der Tat unbrauchbare Unterscheidung, denn „ausdrücklich“ und „wörtlich“ bedeuten ja keineswegs dasselbe. Eine Unterscheidung ist jedoch insofern möglich, als man trennen kann zwischen Erklärungen, die durch Worte betätigt, solchen, die konkludent geäußert werden, und reiner Passivität. Strittig ist nur, in welcher Weise eine Abgrenzung vorzunehmen ist, d. h. das Unterscheidungsmerkmal.

Nach den einen ist es wesentlich s u b j e k t i v e r Natur [11]); sie stellen den Willen in den Vordergrund; was will der Erklärende, was bezweckt er. Ist danach die WE. hauptsächlich zu dem Zweck abgegeben, den Inhalt des Willens kundzugeben, so haben wir es mit einer „ausdrücklichen“ WE. zu tun, verfolgt die Erklärung zunächst einen

---

7) Protokolle d. Komm. f. d. 2. Lesung, Bd. I S. 68, VII, S. 177; Jacobson: BankArch. 3/197; Planck, Vorbem. zu § 116,2; Dür.-Hach.-Werner, IV, Allg. Einltg. Anm. 13; vgl. JW 1903/102[18].

8) Die Bedeutung des § 151 BGB beruht auf dieser Unterscheidung nicht, denn § 151 sieht nur von der Empfangsbedürftigkeit der Annahmeerklärung ab, spricht aber nicht von ihrer Ausdrücklichkeit oder Nicht-Ausdrücklichkeit.

9) Hölder, § 104 Vorbem. IV; Isay: WE. S. 27 ff.; Titze, Mißverständnis, S. 53; Wendt: ArchZP. 92/232 gehört nicht zu ihnen, er erkennt den Unterschied grundsätzlich an, rechnet nur die stillschweigende WE. zu den Willensbetätigungen, die von anderen wieder oft als „stillschweigende Willenserklärungen“ bezeichnet werden. (vgl. S. 51 Anm. 3).

10) Fritze: ArchBürgR. 14/181 ff., 217 a.E.

11) Savigny: System III/§ 131; Wächter, Pandekten, I/§ 74, I,1a, b. S. 362; Enneccerus, § 144, II, der zwischen „direkter“ und „indirekter“ WE. trennt; Staudinger, Vorbem. vor § 116, II B (Riezler), zwischen „unmittelbarer“ und „mittelbarer“; Eltzbacher, Handlungsfähigkeit, S. 39; Crome, § 86, 2b.

anderen Zweck, läßt sie aber daneben noch einen genügenden Schluß auf den Geschäftswillen zu, so wird sie als „stillschweigend" bezeichnet.

Diese Unterscheidung aber hat mit Recht Widerspruch gefunden, denn folgt man ihr, so kann es eintreten, daß in einem Fall, in dem das Schweigen einmal unmittelbar dem Zweck der Willenskundgabe dient, man das Schweigen als ausdrückliche WE. ansehen muß, während es sonst regelmäßig stillschweigende Erklärung sein wird. Dann aber ist eine gleiche WE. bald eine stillschweigende, bald eine ausdrückliche. Von solchen subjektiven Zufälligkeiten aber darf eine Unterscheidung nicht abhängig gemacht werden [12]).

Man hat sich darum vielfach bemüht, eine Unterscheidung nach objektiven Gesichtspunkten zu treffen [13]), d. h. nicht auf den Zweck der WE. sei abzustellen, sondern auf das Erklärungsmittel. Man fragt nicht, was will der Erklärende, sondern wie erklärt er das Gewollte. Unzureichend ist allerdings die oben schon verworfene rein formale Unterscheidung, wonach „ausdrücklich" die durch Worte, „stillschweigend" die durch anderweite Mittel geäußerte Erklärung sei.

Zitelmann [14]) faßt daher den Unterschied dahin, daß die ausdrückliche WE. in der Regel durch „objektive Erklärungsmittel" geäußert werde, d. h. durch solche Zeichen, die ihren Erklärungswert an und für sich, nicht erst durch die subjektiven Absichten des Erklärenden besitzen. Eine ausdrückliche WE. entstehe daher, wenn ein Erklärungsmittel angewandt werde, das „nach Sitte, Gewohnheit oder Recht bestimmt sei, den inneren Willen zum Ausdruck zu bringen". Das stillschweigend Erklärte dagegen lasse sich erst aus dem ausdrücklich Erklärten als „ferner noch gewollt" erschließen.

Dagegen hat R. Leonhard [15]) geltend gemacht, der Begriff „Sitte" sei viel zu dehnbar, es wäre besser, dafür „Sprachgesetz" einzusetzen. Er definiert daher: „Ausdrücklich" sei eine WE., wenn der Gedanke

---

12) Aehnl.: Jacobsohn: JheringsJ. 56/336; Zitelmann, Irrtum, S. 261.

13) Oertmann, Vorbem. vor § 104, 9d, α, $\beta\beta$; Planck, vor § 116,2; Zitelmann, Irrtum, S. 261 f.; derselbe: Allg. Teil, S. 91; R. Leonhard, Irrtum, S. 201; Windscheid, Pandekten, I/§ 72, S. 337; Jacobsohn: IheringsJ. 56/336, der zwischen ausdrücklicher und stillschweigender WE. nur einen Gradunterschied hinsichtlich ihrer Deutlichkeit, nicht aber einen Artunterschied sieht; Henle, a.a.O., S. 20, 30; Manigk, Willenserklärung, S. 299, 304.

14) Zitelmann, Allg. Teil, S. 91.

15) R. Leonhard, Irrtum, S. 201.

in die nach dem Sprachgesetz zu seiner Bezeichnung bestimmten Worte gekleidet und in diesen geäußert worden sei, „stillschweigende WE." aber sei „jede Klarlegung in einer anderen Form als in den nach dem Sprachgesetz bestimmten Worten". Dabei übersieht Leonhard aber, daß das Sprachgesetz nicht das alleinige Kriterium ist. Nicht nur die Sitte oder das Sprachgesetz sind es, die einer Handlung die Eigenschaft einer ausdrücklichen WE. beilegen, sondern diese Qualifikation kann irgendeiner beliebigen Handlung noch durch andere Instanzen beigelegt werden, und zwar allgemein — dahin gehören z. B. die Lotsen-Signale [16]), — oder im konkreten Fall durch Vereinbarung mit dem Kontrahenten [17]).

Wenn aber Zitelmann [18]) das stillschweigend Erklärte erst aus dem ausdrücklich Erklärten als „ferner noch gewollt" schließen will, so ist ihm entgegenzuhalten, daß es stillschweigende Erklärungen auch in Fällen gibt, wo überhaupt nichts ausdrücklich erklärt wird, z. B. wenn sich jemand, ohne ein Wort zu sagen, lediglich in bestimmter Weise verhält. Für diesen — wichtigsten — Fall aber ist, wie Manigk [19]) mit Recht sagt, Zitelmanns Unterscheidung nicht brauchbar.

Einen Anhaltspunkt für die Gewinnung des Unterscheidungsmerkmals bietet vielmehr § 164 Abs. I Satz 2 BGB.: „Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt, oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll". In diesen beiden Alternativen liegt m. E. auch der Gegensatz zwischen der ausdrücklichen und der stillschweigenden Erklärung [20]). Es ist hier gegenübergestellt ein Fall ausdrücklicher Erklärung einem Tatbestand, der in gewissem Gegensatz dazu steht, da er sich aus etwas ergibt, was außerhalb der ausdrücklichen Erklärung liegt. Dieser Tatbestand, der in gewissem Gegensatz dazu steht, da er sich aus etßen ist, scheint mit geeignet, zur Erkenntnis und Abgrenzung der stillschweigenden WE. von der ausdrücklichen zu dienen.

Die Unterscheidung beruht nämlich auf der Vorstellung, daß der Geschäftswille in den typischen Erklärungsformen unmittelbar zum

16) Vgl. die Lotsen-Signal-Ordnung vom 7. Februar 1907; § 2: „Als Lotsensignale gelten..."

17) Zitelmann, Irrtum, S. 263.

18) Zitelmann, Allg. Teil, S. 91.

19) Manigk, WE., S. 304.

20) Zustimmend Manigk, S. 297.

Ausdruck kommt, „sich in ihnen gewissermaßen handgreiflich verkörpert, während er da, wo die relativen Erklärungsmittel vorliegen, erst im Wege des Rückschlusses erkennbar wird“ [21]). Wenn aber zur Erkenntnis des Willens ein Rückschluß nötig ist, so ist nichts anderes vorhanden, woraus auf ihn geschlossen werden könnte, als eben die begleitenden „Umstände“.

Daher wird man unter Zugrundelegung eines Unterscheidungsmerkmals, das in erster Linie auf das Erklärungsmittel abstellt, als „ausdrückliche WE.“ diejenige WE. bezeichnen können, die ihre Bestimmung, den Willen zu erklären, „nach der Verkehrssitte oder kraft besonderer Festsetzung“ erfüllt, als „stillschweigende WE.“ jedes sonstige Verhalten, welches auf das Vorhandensein des Willens einen sicheren Schluß gewährt[22]).

Es ist also der „Maßstab des täglichen Verkehrs“[23]), der bald von einer ausdrücklichen, bald von stillschweigender Willenserklärung sprechen läßt[24]). Festgestellt sei dabei nochmals, daß eine Unterscheidung lediglich nach objektiven Gesichtspunkten erfolgt, verschieden gestaltet sich daher nur der äußere Erklärungstatbestand[25]), die subjektiven Voraussetzungen sind in beiden Fällen gleich.

Dadurch verliert jedoch der Streit außerordentlich an praktischer Bedeutung, denn dadurch, daß die subjektiven Erfordernisse gleich bleiben, ergibt sich, daß die Behandlung der Willensmängel (§§ 116 ff. BGB) auch bei den stillschweigenden Willenserklärungen die übliche ist, die §§ 116 ff. finden daher auch hier Anwendung[26]).

Daß auch die stillschweigende WE. empfangsfähig ist, hatte ebenfalls der Entwurf in § 74 ausgesprochen, wobei dessen nachträgliche Streichung auch hier nicht den Zweck verfolgte, die Empfangsfähigkeit zu verneinen. Das Schweigen ist als WE. daher empfangsfähig und empfangsbedürftig. Da es jedoch nicht verkörpert ist, also nicht eigent-

---

21) Zitelmann, Irrtum, S. 262. Dagegen wendet sich Titze, Mißverständnis, S. 53, da selbst bei einer Erklärung, die durch typische Erklärungszeichen erfolge, der Geschäftswille des Gegners nicht unmittelbar sinnlich wahrgenommen werde; er lehnt diese Unterscheidung daher ab.

22) So bereits Windscheid: Windscheid-Kipp, Bd. I/S. 336 ff.

23) es sei denn im konkreten Fall besondere Festsetzung.

24) Zitelmann, Irrtum, S. 262.

25) Oertmann, Vorbem. vor § 104, 9d, α, $\beta\beta 2$.

26) Oertmann, Vorbem. vor § 104, 9d, α, $\beta\beta$; v. Tuhr, II, 1 S. 419.

lich „zugehen" kann, wird regelmäßig darüber hinaus Kenntnisnahme seitens des Gegners gefordert werden müssen, nicht aber wird deshalb vom Zugang etwa überhaupt abgesehen[27]).

Praktische Bedeutung hat nach alledem die Unterscheidung kaum, sie zeigt aber, daß zum mindesten die Existenz von Willenserklärungen durch Unterlassen außer Frage steht.

Nun hat aber die oben schon zitierte Entscheidung des RG wiederholt Anlaß zu Bedenken nach der Richtung hin gegeben, ob das RG überhaupt von der Annahme einer echten WE. ausgehe[28]). Der Grund ist darin zu suchen, daß das Reichsgericht 54/182 folgendermaßen fortfährt: Selbst dann könne das Schweigen auf ein zugegangenes BestgSchrb. u. U. „mit Rücksicht auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche kraft der gesetzlichen Vorschrift des § 346 HGB die Bedeutung und Wirkung einer zustimmenden Willenserklärung haben, wenn in Wirklichkeit bei dem Empfänger ein entsprechender Vertragswille nicht vorhanden sei", weil ihm etwa der Inhalt des BestgSchrb. nicht bekannt geworden sei; „denn es würde den im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen und auch den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen, wenn man die Berufung eines Kaufmanns darauf als zur Vermeidung der Rechtsnachteile ausreichend ansehen wollte, welche das Stillschweigen auf ein im Falle des Nichteinverständnisses eine sofortige Antwort erheischendes Schreiben nach den Gewohnheiten und Gebräuchen des Handelsverkehrs an sich zur Folge hat."

Es ist nun zu prüfen, ob es mit dem Wesen der WE. noch vereinbar ist, das Vorliegen einer stillschweigenden WE. dort anzunehmen, wo es dem Erklärenden an dem entsprechenden rechtsgeschäftlichen Willen (Geschäftswillen) fehlt[29]), und sogar an dem Bewußtsein, überhaupt eine Erklärung abzugeben (Erklärungsbewußtsein), denn das Reichsgericht hat in späteren Entscheidungen dieselben Grundsätze in Fällen zur Anwendung gebracht, wo der

---

27) Motive I/S. 158; Staudinger, Vorbem. vor § 116, III, 7; v. Tuhr, S. 419; RG 89/291.

28) vgl. S. 22.

29) weil der Empfänger es, ohne es zu lesen, in die Tasche steckt: RG 54/176 ff.

Empfänger nicht einmal Kenntnis vom Zugang des BestgSchrb. hatte[30]).

Damit aber ist die Rechtsprechung offenbar dazu übergegangen, Rechtsfolgen allein an das Vorliegen eines objektiven Tatbestandes zu knüpfen.

Eine echte WE. aber kann nur vorliegen, wenn sämtliche für den Begriff der WE. notwendigen Merkmale erfüllt sind, was nach der hier vertretenen Ansicht, wonach die stillschweigende WE. gegenüber der ausdrücklichen keine Besonderheit aufweist, auch für die stillschweigende WE. zu gelten hat. Es ist also zu untersuchen, was der Begriff der WE. als Minimum erfordert, oder anders, welches die Merkmale sind, die ein Tatbestand mindestens aufweisen muß, um als WE. zu gelten.

Hierher gehört zunächst die körperliche Handlungsfreiheit. Daß ohne sie keine WE. vorliegen kann, bedarf keiner längeren Ausführung. Es ist selbstverständlich, daß der Erklärende nicht lediglich als Werkzeug (vis absoluta!) handeln darf, oder sich im Zustand der Bewußtlosigkeit befindet.

Eingehender Erörterung bedürfen jedoch folgende Fragen:

1.) Muß der Erklärende den sogen. „Geschäftswillen" haben, d. h. den Willen zu der Erklärung in ihrem bestimmten Sinn und hinsichtlich der sich aus ihr ergebenden Folgen, und

2.) muß der Erklärende seine Erklärung wenigstens „als Erklärung" wollen, d. h. muß er, damit eine echte WE. vorliegt, das Bewußtsein („Erklärungsbewußtsein") haben, eine Erklärung — gleichviel welchen Inhalts — abzugeben[31]).

---

30) RG 103/405; ebenso RG: Warneyer 32 Nr. 32: „Sofern das Schreiben eine empfangsbedürftige WE. enthielt, ist diese mit dem Zeitpunkt des Zugehens des Schreibens wirksam geworden, auch wenn der Empfänger nicht davon Kenntnis genommen hat".

31) Darüber vgl. § 5; es ist dies die Frage nach der „ungewollten" WE.

§ 4.

Der Geschäftswille im Tatbestand der WE.

Darüber, ob der Geschäftswille notwendiger Bestandteil der WE. ist, besteht ein schon aus dem gemeinen Recht übernommener Streit, der zwischen der Willenstheorie und der Erklärungstheorie mit unverminderter Heftigkeit ausgetragen wird.

Die Willenstheorie vertritt den Standpunkt, daß der Geschäftswille notwendig vorliegen muß, um eine wirksame WE. zustande kommen zu lassen. Fraglich ist lediglich, worauf der Geschäftswille sich beziehen muß. Darüber, daß er auf den Erfolg geht, sich also auf das Zustandekommen des Geschäfts und seine Folgen richtet, herrscht Einigkeit, streitig ist aber, ob er sich auf den rechtlichen Erfolg beziehen muß[1]), oder ob es genügt, wenn er auf den tatsächlichen, wirtschaftlichen Erfolg gerichtet ist[2]). Lenel[3]) vertritt z. B. die Ansicht, daß der Wille dessen, der ein Geschäft errichtet, in der Regel nicht auf etwas „Gedachtes" gehe, nämlich auf die Rechtsfolgen, sondern daß er sich auf den wirtschaftlichen Erfolg richte; man wolle eine Sache „haben", sie „gebrauchen" oder „genießen".

Dagegen hat man eingewandt, daß zwar der Endzweck ein wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher sein möge, als Mittel zur Erreichung dieses Zweckes aber werde „die entsprechende Rechtsfolge regelmäßig mitgewollt"[4]). Diese Ansicht nähert sich bereits der eigentlichen Willenstheorie. Sie verlangt — von ihrem Standpunkt aus mit Recht —, daß die WE. auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet sein müsse, ein Standpunkt, den verschiedentlich auch das Reichsgericht geteilt hat, indem es „eine auf Erzeugung von Rechtswirkungen gerichtete Absicht der Beteiligten" verlangt hat[5]).

Nicht erforderlich ist allerdings, daß eine klare juristische Vorstel-

---

1) Windscheid-Kipp, § 69 Anm. 1a; Enneccerus-Nipperdey, § 136 Anm. 3; II A 1; Dernburg, § 107 II, 2; Planck, Vorbem. vor § 104, I, 1a, α; v. Tuhr, II, 1 S. 168; Oertmann, Vorbem. vor § 116, 3c; Manigk, Irrtum u. Auslegung, S. 103.

2) Ehrlich, Stillschwgd. WE., S. 2; Lenel: JheringsJ 19/163; Thon, Rechtsnorm, S. 365, der von „gesellschaftlichem" Erfolg spricht; ebenso auch Danz, S. 7, der — obwohl Erklärungstheoretiker — dazu Stellung nimmt.

3) Lenel, a.a.O. S. 154 ff. (163).

4) Enneccerus-Nipperdey, § 136, II A Anm. 3.

5) RG 68/324; ähnlich RG 122/140.

lung beim Erklärenden vorhanden ist, genau so wenig, wie sich der Erklärende über alle rechtlichen Konsequenzen, die das beabsichtigte Rechtsgeschäft unmittelbar oder mittelbar haben könnte, im Klaren zu sein braucht.

Trotzdem erheben sich gegen diese Theorie, die zum Vorliegen einer WE. den Willen verlangt, Rechtswirkungen hervorzubringen („Geschäftswille"), eine Reihe gewichtiger Bedenken. Zunächst eins allgemeiner Natur. Sieht man nämlich nur dort eine WE. als gegeben an, wo der Geschäftswille dahinter steht, so liegt in allen Fällen, wo der Geschäftswille fehlt, eine WE. nicht vor. Das bedeutet aber, daß der Gegner des Erklärenden in seinem Vertrauen auf die Erklärung in keiner Weise geschützt wird, denn die WE. ist einfach nicht vorhanden, nach der Terminologie des Gesetzes also „nichtig". Ist eine WE. aber gar nicht vorhanden, so kann auch von einer Ersatzpflicht nicht die Rede sein.

Das aber ist mit den Bedürfnissen des Verkehrs nicht in Einklang zu bringen, denn das Vertrauen des Gegners auf die Gültigkeit der Erklärung ist mindestens so schutzbedürftig, wie das Interesse des Erklärenden, ja eigentlich in noch höherem Maße, denn während es der Erklärende in seiner Macht hat, seine Erklärung seinem Willen gemäß einzurichten, ist der Erklärungsgegner nur auf die Erklärung in dem Sinn angewiesen, wie sie sich ihm darbietet, und was aus ihr als gewollt zu entnehmen ist. Entspricht das nicht dem Willen des Erklärenden, so ist er trotzdem an seine Erklärung gebunden, denn er trägt das Risiko seiner Handlung. Jeder muß es sich gefallen lassen, „wenn seinem als Grundlage für das Vertrauen eines anderen geeigneten Verhalten die rechtliche Deutung gegeben wird, die ihm bei einer Auslegung nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte objektiv zukommt, gleichgültig, ob der Urheber den dieser Deutung entsprechenden Rechtsfolgewillen wirklich gehabt hat oder nicht"[6]). Zwar berufen sich die Gegner dieser Ansicht auf die §§ 116 ff. BGB, jedoch mit Unrecht.

§ 117 BGB versagt der simulierten WE. die rechtliche Wirkung. Das führen die Willenstheoretiker darauf zurück, daß der innere auf den Rechtserfolg gerichtete Wille fehle. Dieser Schluß ist aber nicht zwingend, denn genau so gut läßt sich sagen, daß die Auslegung der

6) Staudinger-Riezler, Vorbem. vor § 116, IV; v. Tuhr, II, 1 § 61 S. 402.

Erklärung durch den ja im Einverständnis handelnden Partner sinngemäß ergebe, daß eine Verpflichtung nicht eintreten soll[7]). Das gleiche gilt hinsichtlich des § 118. Auch hier ist nicht der Wille des Erklärenden maßgebend für die Nichtigkeit, sondern diese beruht darauf, daß die Begleitumstände bei Abgabe der Erklärung dem Gegner die Nichternstlichkeit hätten vor Augen führen müssen.

Darum ist es falsch zu sagen, die §§ 117, 118 BGB seien nur von der Willenstheorie her zu verstehen. Vollends für die Willenstheorie unverständlich aber bleibt § 116 BGB, denn da die WE. trotz Willensvorbehalts (Mentalreservation) gültig ist, muß § 116 BGB für die Anhänger der Willenstheorie immer eine Ausnahme in ihrem Prinzip bleiben.

Das Hauptargument, das aber gegen die Willenstheorie spricht, ist das Vorhandensein des § 119. Würde nämlich der Geschäftswille zum Begriff der WE. gehören, so würde bei seinem Fehlen notwendig Dissens vorliegen. Das ist aber nach dem Gesetz nicht der Fall, denn Dissens liegt nur vor, wenn die b e i d e r s e i t i g e n Erklärungen zweier Parteien einander nicht decken, nicht aber, wenn die Erklärung e i n e r Partei sich nicht mit ihrem Willen deckt. So hat das RG einmal ausgesprochen:[8]) „Wenn einer Partei der Wille fehlt, eine Erklärung, so wie sie gelautet hat, abzugeben, so hindert dies das Zustandekommen eines Vertrages nicht". „Nach den zwischen der sogenannten Willens- und der Erklärungstheorie vermittelnden Beschlüssen der 2. Kommission ist der Partei durch § 119 BGB in solcher Lage eben das Hilfsmittel der Anfechtung gegeben, dessen es nicht bedurft haben würde, wenn schon das unbewußte Nichtübereinstimmen des inneren Willens einer Vertragspartei mit ihrer abgegebenen Erklärung allemal das Zustandekommen eines Vertrages verhinderte". Die Regelung des § 119 spricht daher eindeutig für die Erklärungstheorie, denn die mit einem Willensmangel behaftete WE. ist nicht n i c h t i g, was sie nach der Willenstheorie sein müßte, sondern nur anfechtbar, und § 122 zeigt deutlich, daß es sich lediglich um einen Billigkeitsbehelf handelt für den Fall, daß die Erklärung angefochten und v e r nichtet wird[9]).

Allerdings ist die Rechtsprechung des RG nicht immer einheitlich gewesen, denn noch in Band 28/18 hat es sich eindeutig zur Willens-

7) So Danz, Auslegung, S. 17.
8) RG 58/235.
9) Leonhard, Allg. Schuldrecht, § 123 S. 270.

theorie bekannt und sie als „wohl begründet" bezeichnet. Schlechterdings unvereinbar damit aber ist eine Entscheidung[10]), in der das RG die Ansicht vertritt, daß jedermann seine Handlungen so gegen sich gelten lassen müsse, wie sie von der Verkehrssitte aufgefaßt würden, und nicht, wie er sie nach seinem inneren, nicht geäußerten Willen gemeint habe.

Damit hat das RG eine Wendung vollzogen, die von der ursprünglich vertretenen Willenstheorie, über den vermittelnden Standpunkt des Gesetzgebers[11]) hinaus, zur Erklärungstheorie hinweist. Mit Recht sagt Hedemann:[12]) „Neben den Gedanken an das Individuum ist das Schwergewicht der Allgemeinheit getreten".

Die Praxis ist jedenfalls über den Streit der Wissenschaftler hinweggegangen. Sie hat ihn in dem für die Bedürfnisse des Verkehrs einzig möglichen Sinn entschieden; es gilt das Erklärte, nicht das Gewollte. Die lex lata kennt den Erfolgwillen als Tatbestandsmoment des Rechtsgeschäfts nicht[13]). Darum ist von der Aufnahme des Geschäftswillens in den Begriff der WE. abzusehen[14]).

Für die stillschweigende WE. gilt nichts besonderes. Im Schweigen ist daher dann eine „WE." zu sehen, wenn es sich als Verhalten darstellt, das nach der Verkehrsübung zum Schluß auf den Willen nötigt[15])[16]).

---

10) RG 95/124.

11) Protokolle II. Lesung, S. 94: „. . . . verständigte man sich, daß weder das Willensdogma, noch die demselben gegenüberstehende Vertrauensmaxime (Erklärungstheorie) sich ohne erhebliche Modifikation durchführen lasse, und daß es daher nötig sein werde, die einzelnen in Betracht kommenden Fälle getrennt ins Auge zu fassen, ohne zu der einen oder anderen Theorie positiv Stellung zu nehmen."

12) Hedemann, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, S. 224.

13) Binder: ArchRuWirtschPhil. Bd. 5/439; ähnlich Karl Wolff: JheringsJ 81/69; Hölder, Inhalt der WE., S. 10 ff.

14) Enneccerus-Nipperdey, § 136, II; Danz, Auslegung, S. 14 ff.; derselbe: DJZ 06/1277; Hölder: JheringsJ 55/413 ff.; 58/107; Jacobi, WE., S. 6 ff.; Isay, WE., S. 23; Fritze, ArchBürgR. 14/196 ff.; Cosack, § 94, V. Vermittelnd Planck, Vorbem. vor § 116, 5b; Endemann, § 70 Anm. 4 (für eine modifizierte Willenstheorie). Wie hier: Friedenthal S. 6.

15) Staudinger-Riezler, Vorbem. vor § 116 II C 2; Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 105 Anm. 2: „Jede Erklärung wird im Spiegel der öffentlichen Meinung aufgefangen und zuerst nach deren Grundsätzen beurteilt, denn sie ist Beteiligung am Verkehr."

16) Unter § 151 BGB fällt das Schweigen nicht, denn § 151 sieht nur von der Annahmeerklärung, nicht aber vom Annahmewillen ab (Becker: RuH, 1927, S. 68).

§ 5.

Das Erfordernis des Erklärungsbewußtseins.

Zu untersuchen bleibt, ob der Erklärende wenigstens das allgemeine Bewußtsein („Erklärungsbewußtsein") haben muß, eine Erklärung überhaupt — gleich welchen Inhalts — abzugeben. Die Frage ist also: Liegt eine WE. auch dann noch vor, wenn der Erklärende nicht einmal das Bewußtsein hatte, eine (rechtsgeschäftliche) Erklärung abzugeben.

Vielfach wird das verneint[1]), denn eine verbreitete Meinung geht dahin, daß zumindest der Wille, überhaupt etwas zu äußern, unbedingt nötig sei, damit eine WE. entstehe; fehle er, so sei die Erklärung nichtig. Zum Beweis dafür wird auf den Wortlaut des § 119 BGB. verwiesen. Der Ton liege nämlich auf den Worten „Erklärung dieses Inhalts"; das beweise, daß § 119 voraussetze, daß mindestens überhaupt eine Erklärung abgegeben werden sollte. Daher sei § 119 für den Fall, daß der Erklärende gar keine Erklärung habe abgeben wollen, nicht anwendbar. Da die Erklärung nun nicht endgültig wirksam sein könne, die Anfechtbarkeit aber ausfalle, da der Fall nicht unter § 119 passe, bleibe nur übrig, Nichtigkeit anzunehmen[2]). Dafür spreche auch ein argumentum a fortiori aus § 118 BGB, denn wenn nach § 118 schon bei nicht ernstlichem Willen des Erklärenden die Erklärung nichtig sei, so müsse das erst recht gelten, wenn dem Erklärenden nicht einmal der Erklärungstatbestand zum Bewußtsein gekommen sei, denn es sei unmöglich, einer als solchen unbewußten Erklärung mehr Rechtswirksamkeit zuzusprechen — nämlich bloß Anfechtbarkeit —, als einer bewußten, aber nicht ernstlich gemeinten[3]).

---

1) Oertmann, § 119, 2a; Vorbem. vor § 104, 9d, β, $\gamma\gamma$; von Tuhr, II, 1 S. 403, 422 Anm. 124; Staudinger-Riezler, Vorbem. vor § 116, II C 2; Leonhard, Allg. Schuldrecht, § 122 S. 269; Enneccerus-Nipperdey, § 136, II A 3 u. Anm. 7; Lehmann, Allg. Teil, § 34, III, Ib S. 229; Cosack, § 71, I, 1 („vorsätzliches" Verhalten); Endemann I, § 60, 3; früher auch Manigk, WE. u. WG., S. 194, 289; Gruenbaum: Gruchot Bd. 73 (1933)/201.

2) Zu diesem Ergebnis kommt auch Henle (Vorstellungs- und Willenstheorie, S. 495), der zwar davon ausgeht, daß das Erklärungsbewußtsein nicht erforderlich sei, damit eine WE. im Sinne des Gesetzes entstehe, sich aber doch für ihre Nichtigkeit analog § 118 ausspricht (S. 500), da seiner Ansicht nach die Fälle nicht unter § 119 zu bringen sind.

3) Oertmann, Vorbem. vor § 104, 9d, β, $\gamma\gamma$; ebenso Lehmann, Allg. Teil, S. 229.

Beide Argumente sind m. E. nicht durchschlagend. Hinsichtlich des § 118 ist bereits oben ausgeführt worden, daß der Grund für die Nichtigkeit der nicht ernstlichen WE. nicht in dem mangelnden Willen des Erklärenden zu liegen braucht, sondern auch aus der sinngemäßen Auslegung der Begleitumstände gefolgert werden kann. Ebenfalls nicht zwingend ist das Argument aus dem Wortlaut des § 119, denn eben so gut wie man den Ton auf die Worte „Erklärung dieses Inhalts" legen kann, ist es möglich, die Betonung in der Weise zu verschieben, daß es heißt: „Wer eine E r k l ä r u n g — dieses Inhalts — n i c h t abgeben wollte ....."

Damit ist festgestellt, daß zumindest aus dem Gesetz sich Bedenken gegen die Annahme von Willenserklärungen ohne Erklärungsbewußtsein nicht ergeben.

Im Einklang damit nimmt eine überwiegende Meinung auch an, daß § 119 nicht nur dort gilt, wo jemand aus Versehen seiner WE. einen anderen Inhalt gibt, als seinem Geschäftswillen entspricht, sondern auch da, „wo jemand die Vornahme eines Rechtsgeschäfts überhaupt nicht beabsichtigt, aus Versehen aber ein Verhalten beobachtet, durch das er den Tatbestand einer WE. setzt"[4]).

Die Praxis des RG ist auch in diesem Punkte widerspruchsvoll gewesen. So hat es für den Fall der Unterlassung einer Erbausschlagung (§ 1956 BGB) einmal[5]) ausgesprochen, sie müsse wissentlich erfolgt sein, um bei etwaigem Irrtum anfechtbar zu sein, denn die Fälle hätten auszuscheiden, in denen die Versäumung der Erklärung nicht einer darauf gerichteten Willensbestätigung des Erben entsprungen wäre. Mindestens sei also Kenntnis des Ausschlagungsrechts erforderlich.

Im Gegensatz dazu aber hat das Reichsgericht[6]) die Anfechtung einer aus Schweigen auf ein BestgSchrb. zu folgernden Zustimmungserklärung für einen Fall zugelassen, in dem der als zustimmend Angesehene nicht einmal Kenntnis vom Zugang des BestgSchrb. hatte, er also unmöglich weder den Willen haben konnte, zuzustimmen, noch

---

4) Titze: „Irrtum" im Handwb.d.Rechtswissensch. Bd. 3/370; zustimmend Binder: ArchRu.WirtschPhil. Bd. 5/439 u. Hauser: JheringsJ 65/281 Anm. 18. Vgl. auch § 6, S. 39f.

5) RG 58/85.

6) RG 103/405.

auch nur das Bewußtsein, worauf es hier allein ankommt, überhaupt eine Erklärung abzugeben. Damit hat die Praxis jedenfalls die Existenz von ungewollten Willenserklärungen anerkannt, und auf diesem Standpunkt ist die Rechtsprechung des RG gerade in bezug auf das BestgSchrb. ständig geblieben[7]).

Die Theorie hat sich vielfach bemüht, diesem Ergebnis gerecht zu werden. Die Konstruktion jedoch ist außerordentlich verschieden.

a) Das Schweigen als Fiktion.

So hat man insbesondere der oben zitierten Entscheidung des RG (54/176 ff.) entnehmen zu können geglaubt, daß die Rechtsprechung die Zustimmungswirkung des Schweigens auf ein BestgSchrb. auf eine F i k t i o n zurückführe[8]). Das RG ließe — das zeige der Wortlaut — das Schweigen lediglich als Zustimmung „gelten".

Das ist jedoch eine offenbare Verkennung. Was zunächst den Wortlaut des Urteils betrifft, so ist nicht ersichtlich, woraus sich schließen ließe, daß das Reichsgericht das Schweigen auf ein Bestg.Schrb. als Fiktion der Zustimmung hätte hinstellen wollen. Daß dies aber der häufig ausgesprochenen Ansicht des RG auch nicht entspricht, zeigt mit besonderer Deutlichkeit die Stellungnahme des RG zur Frage der Anfechtbarkeit, die von ihm — die Richtigkeit seines Standpunktes dahingestellt[9]) — in ständiger Rechtsprechung zugelassen wird[10]). Das hätte es nicht getan, wenn es eine Fiktion hätte annehmen wollen, denn insoweit ist Winkelmann Recht zu geben[11]), daß bei fingierten Willenserklärungen die Anfechtung zu versagen ist, sonst wäre die Fiktion in der Tat wertlos[12]), sie würde gerade für die Fälle zerstört werden, für die sie besonders geschaffen wurde. Die An-

---

7) Vgl. die Zusammenstellung der Rechtsprechung S. 67.

8) So Winkelmann, Diss. S. 10, 14 ff.

9) Darüber unter § 6.

10) RG 103/405; DJZ 1903/456. Vgl. auch S. 67.

11) Winkelmann, S. 16.

12) Wendt: ArchZP. 92/265, der an sich jedoch § 1956 BGB analog anwenden will (S. 255), was aber nicht richtig ist, da § 1956 eine singuläre Vorschrift und analoger Anwendung nicht fähig ist. Zustimmend von Tuhr, II, 1 S. 424 Anm. 132 u. Siller: JurRdsch 1927/296.

fechtung fingierter Willenserklärungen ist daher nach h. L.[13]) unmöglich.

Zu den Gegnern dieser Ansicht aber das Reichsgericht zu zählen, weil es die Anfechtung der im Schweigen auf ein BestgSchrb. liegenden Zustimmung zulasse, ist falsch; vielmehr beweist umgekehrt die Rechtsprechung des RG, daß es sich hier eben nicht um eine fingierte WE. handelt. Außerdem würde das RG auch schwerlich nur von „Willenserklärung" gesprochen haben, wenn es „fingierte WE." gemeint hätte, denn darüber ist man sich einig, daß trotz des bedauerlichen Sprachgebrauchs die fingierte WE. gerade keine Willenserklärung im eigentlichen Sinn ist[14]).

Das Reichsgericht ist daher m. E. nicht von einer Fiktion ausgegangen. Das beweist noch deutlicher eine Entscheidung des III. Senats des RG, wo es wörtlich heißt[15]): „Antwortet der Empfänger eines BestgSchrb. nicht[16]), so muß dieses als überall genehmigt gelten, und nur im Wege der Anfechtung würde der Empfänger die in seinem Schweigen liegende WE. beseitigen können"[17]).

Mit Recht sagt Manigk[18]): Die Rechtsprechung des RG, die ja Anfechtung zuläßt, ist weit entfernt davon, Schweigen auf BestgSchrb. etwa im Sinne des Rechtsscheins zu typisieren, daß es als Zustimmung „gelte". Vielmehr geht das Reichsgericht zweifellos davon aus, das Schweigen des Empfängers eines BestgSchrb. sei eine e c h t e — „daher auch anfechtbare"[19]) — WE.

Gegen die Annahme einer Fiktion[20]) spricht aber auch sonst mancherlei. Denn da mit der Fiktionswirkung notwendig auch der

---

13) Enneccerus-Nipperdey, § 144, IV, 3; Oertmann: ZentralBlfHR. 1926/9; Kommentar S. 334 oben; Siller, a.a.O. S. 296; Manigk, We.Wg., S. 401; von Tuhr, S. 424; Jacobsohn, JheringsJ, 56/383.

14) Enneccerus-Nipperdey, § 144 (Anm. 12).

15) RG: DJZ 1903/456.

16) es handelte sich um den nachträglich zugesetzten Vermerk des Erfüllungsortes.

17) Aehnlich LZ 1917/794[15]): „Daß das Schweigen unter Umständen als Zustimmung durch stillschweigende WE. angesehen werden kann".

18) Manigk: Beiträge z. WirtschR., II/631.

19) RGRKomm. Vorbem. vor § 116, 2.

20) So Manigk noch in „Irrtum und Auslegung", S. 157: „Typisierte Erklärung mit normierter Wirkung"; Krause, Schweigen im Rechtsverkehr; widerspuchsvoll Becker, RuH., 1927/S. 61 gegen S. 68.

Ausschluß der Anfechtung übernommen werden müßte[21]), würden die Folgen zu weit führen, man würde über das Ziel hinausschießen. Entscheidend dagegen aber spricht die Tatsache, daß die Normen, in denen das Gesetz eine Fiktionswirkung festgesetzt hat, ausnahmslos Einzeltatbestände, also singulärer Natur sind. Als solche aber sind sie analoger Anwendung und Ausdehnung nicht fähig. Mangels eigener gesetzlicher Vorschriften für das BestgSchrb. aber wäre die analoge Anwendung einer ähnlichen Norm, etwa des § 362 HGB, der einzige Weg gewesen, das Schweigen auf ein BestgSchrb. als Zustimmung zu f i n g i e r e n.

b) Das Rechtsscheinprinzip.

Ein ähnlicher Gesichtspunkt spricht gegen eine Lösung, die versucht, die Zustimmungswirkung auf das Prinzip des R e c h t s s c h e i n s zurückzuführen[22]). Von einem solchen spricht man dort, wo für den Eintritt einer Rechtswirkung nicht das wirkliche Vorhandensein aller dazu erforderlichen Voraussetzungen nötig ist, sondern der bloße Schein ihres Vorhandenseins genügt[23]).

Eines der wesentlichsten Anwendungsgebiete stellt das Wertpapierrecht in § 794 Abs. I BGB dar. Es wird danach der Aussteller einer Schuldverschreibung auf den Inhaber auch dann verpflichtet, wenn sie ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist. Der für dieses Gebiet bestehende Streit zwischen der Kreationstheorie und der — wohl richtigen — Vertragstheorie läßt sich für § 794 Abs. I nur lösen, wenn man anerkennt, daß der Aussteller der Urkunde mit deren Vollendung die Möglichkeit der Entstehung eines Rechtsscheins geschaffen hat[24]).

Diese Grundsätze hat nun Jacobi auch auf die ungewollten Willenserklärungen anzuwenden versucht. Er führt a.a.O. aus, daß selbst für den Fall, daß der Erklärende gar nicht daran dachte, der Gegner könne aus seiner Erklärung eine Rechtsabsicht herauslesen, dieser es

---

21) So konsequent Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 274 u. Siller, Anm. zu JW 1931/3082[6].

22) Insbesondere Jacobi: WE., S. 49/50.

23) Vgl. Krause, a.a.O. S. 144.

24) ein „Anwendungsfall der Haftung auf Grund des deutschrechtlichen Veranlassungsprinzips": von Schwerin, Wertpapierrecht, S. 22.

aber tatsächlich durfte (§ 157 BGB), der Erklärung doch in dem Sinne ein Rechtsschein zukomme, daß ein Dritter darauf vertrauen könne.

Dagegen aber ist einzuwenden, daß der Rechtsschein regelmäßig eine sachliche Grundlage verlangt, indem er entweder an einen äußerlich sichtbaren Tatbestand anknüpft[25]), z. B. Grundbucheintrag, Vereins-, Handelsregister, Besitz, Erbschein, oder auf der bisherigen Rechtslage beruht[26]). Keinesfalls aber kann man wie Jacobi[27]) ein allgemeines Rechtsscheinprinzip anerkennen. Es handelt sich auch hier lediglich um einzelne Vorschriften, die trotz des gemeinsamen Gedankens der Verkehrssicherheit, der ihnen zugrundeliegt, doch nur unter ihren genau festgelegten Voraussetzungen im Einzelfall Anwendung finden. Ihre Verschiedenheit aber und insbesondere ihr Ausnahmecharakter lassen es nicht zu, die für sie geltenden Grundsätze auch auf andere, nicht festgelegte Tatbestände auszudehnen[28]).

c) Die „fahrlässige" WE.

Man hat nun versucht, dem Problem der ungewollten WE. von anderer Seite her näher zu kommen. Sieht man sich nämlich den Wortlaut der §§ 116 ff. an, die von der „Uebermittlung" von Willenserklärungen, von „nichtigen" und „anfechtbaren" WE. sprechen, so zeigt sich, daß der Sprachgebrauch der §§ 116 ff., wenn von „Willenserklärung" die Rede ist, offenbar nur „Erklärung" im objektiven Sinn meint.

Die Frage ist daher, ob man nicht den Begriff der WE. dem Sprachgebrauch der §§ 116 ff. entsprechend aufstellen kann, also ohne jedes subjektive Moment[29]). Zweifellos könnte man dann auch die ungewollte WE. als objektive Erklärung „Willenserklärung" nennen, aber damit wäre nichts erreicht, als festgestellt, daß man zwar von

---

25) von Schwerin, a.a.O. S. 52. Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 73 II.

26) z. B. Aenderung einer Vollmacht: §§ 171 Abs. II, 172 Abs. II, 173 BGB.

27) WE. S. 32: „Ein unser gesamtes deutsches Privatrecht durchziehender Grundsatz".

28) Hölder, JheringsJ 58/14; Manigk: Beiträge II/596; Enneccerus, § 73, II, 3: „Man darf den Schein nicht über das Sein stellen".

29) Der Sinn des den §§ 116 ff. zugrundegelegten Begriffs der WE. ist nach Manigk (JheringsJ Bd. 83/95) lediglich ein äußeres Verhalten jemandes einem anderen gegenüber, „das dieser jenem wegen seines verkehrsgemäßen Ausdruckswertes als WE. zurechnen darf".

ungewollten Willenserklärungen reden kann, nicht aber, nach welchen Gesichtspunkten sie zu behandeln sind. Man wäre vielmehr gezwungen, dem Begriff der „WE." einen Begriff der „vollwirksamen WE." gegenüberzustellen, denn will man einen Tatbestand unter einen Begriff bringen, so braucht man einen Begriff, bei dem auch die gesetzlichen Wirkungen eintreten.

Der Begriff der WE. muß also notwendig die Feststellung in sich schließen, wann die Erklärung rechtlich wirksam ist[30]), denn eine unwirksame WE. ist zwar sprachlich denkbar, an sich aber ein Widerspruch, denn zum Begriff der WE. gehört notwendig ihre rechtliche Wirksamkeit; eine unwirksame WE. aber ist k e i n e WE.[31]).

Die Frage ist daher: Ist die ungewollte WE. eine rechtlich wirksame WE.? Ist sie es, so fällt sie unter die §§ 116 ff. und unterscheidet sich in nichts von der gewöhnlichen WE. Ist sie es nicht, so ist die ungewollte keine begriffliche „WE".

Zu diesem Ergebnis kommt Manigk[32]). Er unterscheidet zwischen dem legalen Begriff der WE., zu dem seiner Ansicht nach (Kundgebungs- und) Rechtsfolgewille gehört, und der Zurechnung ungewollter Willenserklärungen. Diese erwachse „aus der über das Gebiet der begrifflichen WE. hinausreichenden Rechtspflicht verkehrsgemäßen Verhaltens"[33]). Begrifflich ist für Manigk die ungewollte WE. daher keine WE., er erkennt sie nur an, beruhend auf der Verantwortlichkeit des Erklärenden für den Erklärungswert seines Handelns, und nur als vorläufig, d. h. bis zur Anfechtung, wirksam.

Dagegen aber ist zu sagen, daß es sich bei einer anfechtbaren WE. keineswegs um eine vorläufig wirksame im Gegensatz zur voll- und endgültig wirksamen WE. handelt, denn es ist ja nicht so, daß durch die Versäumung der Anfechtung die Erklärung erst voll wirksam wird, sondern die WE. ist von vornherein vollwirksam, sie ist lediglich v e r nichtbar. Darum kann man m. E. der vollwirksamen nicht die anfechtbare als vorläufige WE. gegenüberstellen. Von „pri-

30) Rebitzki, Diss. S. 27; Manigk, JheringsJ 83/95.

31) Schloßmann: „Willenserklärung und Rechtsgeschäft", S. 14, wendet dagegen ein, auch ein Gewehr ohne Ladung, mit dem man also nicht schießen könne, bleibe doch ein „Gewehr".

32) Zuletzt 1933: JheringsJ Bd. 83/S. 83 ff.

33) JheringsJ 83/99; Irrtum und Auslegung, S. 109, 115.

märer" und „endgültiger Zurechnung" zu sprechen[34]), erscheint mir daher verfehlt.

Manigks Lehre aber wird auch nach anderer Richtung hin der Rechtsprechung nicht gerecht. Da er die ungewollte WE. nicht als „WE." anerkennt, kann er auf sie auch nicht die §§ 116 ff. anwenden. Unleugbare Tatsache aber ist, daß das RG die Anfechtung auch der ungewollten WE. zuläßt. Statt dessen entwickelt Manigk seine Lehre von der „Zurechenbarkeit". Jedes Verhalten werde dem Erklärenden primär zugerechnet, das der Gegner wegen seines verkehrsmäßigen Ausdruckswertes als WE. ansprechen dürfe. Das beruhe auf einer Verletzung der Rechtspflicht zum verkehrsgemäßen Verhalten.

Daraus folgt aber, daß die Fälle ausscheiden, in denen diese Rechtspflicht nicht verletzt ist. Das aber ist der Punkt, an dem m. E. Manigk nicht mehr beizupflichten ist. Eine Verletzung dieser Pflicht soll nämlich nur dann vorliegen, wenn der Erklärende sich bewußt war oder sich wenigstens bewußt sein mußte (infolge von Fahrlässigkeit sich nicht bewußt war!), daß aus seinem Verhalten ein Schluß auf seinen Willen gezogen werden könne[35]). Damit aber macht Manigk die Zurechnung vom Verschulden abhängig, was m. E. nicht zutreffend ist. Denn geht man einmal von der praktischen Seite aus, so müßten hier gerade jene wichtigen Fälle ausscheiden, in denen der Erklärende sich in unverschuldeter Unkenntnis vom Zugang des BestgSchrb. befindet[36]). Damit aber setzt sich Manigk in Widerspruch zur Rechtsprechung des RG und zur gesamten Praxis, die mit Recht eine Unterscheidung nach der Richtung hin, ob das Schweigen schuldhaft oder unverschuldet war, ablehnt. Es ist nicht gerechtfertigt, den Gedanken des Verschuldens in das Problem der ungewollten WE. hineinzubringen, denn die Fahrlässigkeit kann wohl Haftungsgrund sein, niemals

34) Manigk, a.a.O. S. 95.

35) Manigks „fahrlässige WE.", bei der die Zurechnung stattfindet, wenn der Handelnde bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen müssen, daß sein Verhalten etwas erkläre (: Beiträge II/640); von ihm zunächst abgelehnt WE. Wg., S. 186, später ausdrücklich bejaht a.a.O. und Irrtum und Auslegung, S. 108, 250. Aehnlich: Isay, WE., S. 26 und Larenz, Auslegung, S. 83: „Ein Verhalten, das in zurechenbarer Weise den Sinn einer Erklärung hat".

36) Hat der Handelnde durch sein Verhalten einen äußeren Erklärungswert gesetzt, so wird es ihm zugerechnet, aber nur, soweit er schuldhaft handelt, denn daran findet die Zurechenbarkeit ihre Grenze (Manigk, JheringsJ 83/83ff.).

aber aus einer Nichterklärung eine Erklärung machen[37]), und ebensowenig scheidet auch § 119 zwischen schuldbarem und unverschuldetem Irrtum [38]).

Der Gegner vollends hat gar keine Möglichkeit festzustellen, ob das Verhalten des Empfängers auf Fahrlässigkeit beruht oder nicht. Er hat es nur mit der objektiven Tatsache der Erklärung zu tun, seine Macht endigt, wie Hildebrandt[39]) es ausgedrückt hat, mit der Prüfung der „Willenswirklichkeit der Erklärung".

d) Schweigen als echte Willenserklärung.

Es ist demnach augenscheinlich, daß der Frage der ungewollten WE. mit einem WE.-Begriff, der ein subjektives Moment enthält, nicht beizukommen ist. Das berechtigt jedoch keineswegs, wie Brodmann[40]), der grundsätzlich zum Vorliegen einer WE. den Erklärungswillen fordert, die stillschweigende WE. als „eine Art Regelwidrigkeit" anzusehen, „was zur Vorsicht mahne". Die Rechtswirklichkeit ist unbestreitbar. Weder im Geschäftsleben noch in der Rechtsanwendung wird daran gedacht, die Wirksamkeit einer schlüssigen WE. wegen des in concreto etwa fehlenden Erklärungsbewußtseins des Handelnden in Frage zu stellen[41]). Denn es gibt ein Grundprinzip, wonach der Empfänger einer WE. in seinem berechtigten Vertrauen darauf geschützt wird, daß hinter der Erklärung ein entsprechender Wille steht[42]). Das Interesse des Erklärenden an der Unwirksamkeit einer von ihm nicht gewollten Erklärung muß hinter dem des Gegners zurückstehen, wenn dieser aus dem Verhalten des Erklärenden und den gesamten Umständen nach Treu und Glauben auf dessen Willen schließen durfte und geschlossen hat[43]).

Der Verkehr erfordert eine feste Grundlage. Der Vertrauensschutz der Allgemeinheit und des Gegners verlangt, daß unter bestimmten Voraussetzungen der Erklärende an seinem sich objektiver Auslegung

37) Siegel: ArchZP. 111/16; Gruenbaum, Gruchot 73/201.
38) Jacobsohn: JheringsJ 56/357.
39) „Erklärungshaftung", S. 195.
40) Brodmann: Ehrenbergs Hdb. IV, 2 S. 103.
41) So wörtlich Manigk: JheringsJ 83/89.
42) Jakobsohn, a.a.O.
43) Hildebrandt, S. 195.

darbietenden Verhalten festgehalten wird, auch wenn ihm das Bewußtsein dieser Bedeutung gefehlt hat[44]), denn jeder, der im Geschäftsleben steht, hat für den verkehrs- und handelsüblichen Kundgebungswert seines Verhaltens einzutreten[45]).

Der Angelpunkt des Wesens der WE. ist daher das durch die Erklärungshandlung im Empfänger geweckte Vertrauen[46]). Dem Stillschweigen kommt also, genau wie positivem Verhalten, die Bedeutung einer WE. dann zu, wenn es „nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte den Schluß auf das Vorhandensein eines entsprechenden Willens zuläßt", ohne daß dieser tatsächlich vorhanden zu sein braucht[47]). Mit Recht sagt Hölder[48]): Wie es dem Handelnden unmöglich ist, alle Folgen seiner WE. zu übersehen, so ist ihm meist auch nicht möglich, ihren Inhalt vollständig zu übersehen. Ist aber die Existenz einer WE. unabhängig davon, daß ihr Urheber ihren Inhalt kennt, so kann sie auch unabhängig davon sein, daß er die Eigenschaft seines Verhaltens kennt, überhaupt die Existenz einer solchen zu begründen.

Es ist demnach die Existenz von Willenserklärungen ohne entsprechenden, und folgerichtig ohne jeden Willen anzuerkennen. Das heißt, in die Begriffsbestimmung der WE. ist weder der Geschäfts-

---

44) Hauser: JheringsJ 65/281; ähnlich Hartmann, ArchZP 72/215 und JheringsJ 20/65, es sei unmöglich, sich auf das Fehlen des Geschäftswillens zu berufen, wenn berechtigtes Vertrauen des Gegners entgegensteht: Vertrauenstheorie! Für die Frage der stillschweigenden Bevollmächtigung ähnlich RG 117/165; 100/49; 65/295; Heymann: Festschr. f. d. RG IV/326; Wellspacher, Vertrauen, S. 102; ebenso schon ROHG 10/142.

45) Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 219; ebenso JheringsJ 83/89; ähnlich RG 86/88, Gruchot 71/606: „.... Rechtsgrundsatz, daß jeder, der eine Erklärung abgibt, sie so gelten lassen muß, wie der Empfänger sie nach Treu und Glauben verstehen darf". Zustimmend von Tuhr II, 1 § 61 S. 402 f. Vgl. auch RG 126/351: „.... Grundsatz, wonach sich jedermann gefallen lassen muß, daß sein Verhalten so beurteilt wird, wie es nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu deuten ist".

46) Manigk, WE. Wg. S. 495.

47) Dür.-Hach.-Werner IV, Allg. Einltg. Anm. 14 S. 16. Ebenso RG: Gruchot 71/606 (1930); RG: SeuffArch. 85/Nr. 80 S. 151 (1931).

48) JheringsJ 55/430.

wille noch das Erklärungsbewußtsein aufzunehmen[49]). „WE." ist lediglich ein Verhalten, das nach der Erfahrung des Verkehrs unter Würdigung aller Umstände regelmäßig den Schluß auf einen bestimmten Willen gestattet[50]); der „Erklärungszweck" Manigks[51]), das „Aeußerungsbewußtsein" Enneccerus'[52]), die „Absicht" Zitelmanns[53]), der „Wirkungswille" Endemanns[54]), die alle „ein gewisses Minimum vom Wollen des Sinns des Verhaltens"[55]) fordern, sind daher für den Begriff der WE. abzulehnen[56]).

Ob das Reichsgericht selbst der hier vertretenen Ansicht folgt, ist zweifelhaft, es hat sich in den vielen das BestgSchrb. betreffenden Entscheidungen nie über die dogmatischen Grundlagen seiner Ansicht ausgesprochen[57]). Da aber davon auszugehen ist, daß das RG im Schweigen auf BestgSchrb. eine echte WE. sieht — und keine Fiktion —, was die von ihm bejahte Zulässigkeit der Anfechtung beweist, so bleibt ihm, da es von Anfechtung aber auch dort noch spricht, wo der

---

49) Danz, Auslegung, S. 16 Anm. 1; Hölder, JheringsJ 55/413 ff. (428 ff.); JheringsJ 58/107; derselbe, Inhalt der WE. S. 29; Dür.-Hach.-Werner, IV, Allg. Einltg., Anm. 14 S. 16; Jacobi, WE., S. 49 ff.; Hauser, JheringsJ 65/280; Hildebrandt, Erklärungshaftung S. 195 ff.; Fritze: ArchBürgR. 14/200 ff.; Wedemeyer, Abschluß obligat. Vertr., S. 61; Hartmann, ArchZP. 72/215; JheringsJ 20/65; Jacobsohn: JheringsJ 56/348 ff. (358, 367); Wellspacher, Vertrauen auf äußere Tatbestände, S. 102; Karl Wolff: JheringsJ 81/69, 78; Riezler, Venire contra fact. propr. S. 117, 122; Binder, ArchRWirtsch. Bd. 5/439.

50) So wörtlich Danz, Auslegung, S. 14.

51) Manigk, a.a.O. S. 145.

52) Enneccerus-Nipperdey, § 136, II, 3.

53) Zitelmann: Irrtum, S. 125.

54) Endemann, I/275 Anm. 19.

55) Binder: ArchRWirtschPhil. Bd. 5/438; vgl. Hauser: JheringsJ 65/281.

56) Ueber die Erforderlichkeit des Erklärungsbewußtseins bei den Willensbetätigungen, die sich von den Willenserklärungen, mit denen sie zusammen den Oberbegriff „Willensäußerungen" bilden, dadurch unterscheiden, daß ihnen der Kundgebungszweck fehlt, herrscht ebenfalls Streit. Für die Notwendigkeit eines (hier:) „Betätigungs"bewußtseins: Enneccerus-Nipperdey, § 136 Anm. 7; von Tuhr, § 61, 2. Dagegen Manigk, WEWg.

57) z. B. RG 105/189: „Der Absender des BestgSchrb. hat nach Treu und Glauben und nach der Handelssitte Anspruch darauf, unverzüglich davon in Kenntnis gesetzt zu werden, wenn der Empfänger seine Auffassung nicht teilte. Der Empfänger muß sich daher so behandeln lassen, als habe er dem Vertragsschluß ausdrücklich zugestimmt". Zur Begründung dieser Ansicht aber fährt das RG fort: „Wäre es anders, so wäre die Sicherheit des Geschäftsverkehrs und etwaiger weiterer auf den streitigen Schluß sich aufbauender geschäftlicher Maßnahmen des Absenders in unerträglicher Weise gefährdet" (!).

Empfänger gar keine Kenntnis vom Zugang des BestgSchrb. hatte, als dogmatische Grundlage für den von ihm verwendeten Begriff der WE. eigentlich nur eine Theorie übrig, die sowohl vom Geschäftswillen wie auch vom Erklärungsbewußtsein absieht. Denn würde das RG für die WE. grundsätzlich das Erklärungsbewußtsein fordern, so würde in dem Fall der Unkenntnis des Empfängers — wo das Erklärungsbewußtsein notwendig fehlt — gar keine WE. vorliegen, es würde einer Anfechtung also nicht erst bedürfen. Die Ansicht des RG setzt daher eine (extreme) Erklärungstheorie voraus, die das Vorliegen einer echten WE. weder vom Geschäftswillen noch vom Erklärungsbewußtsein abhängig macht. Die hier vertretene Ansicht folgt dem, sie geht davon aus, daß im Schweigen des Bestg.Empfängers eine echte WE. zu sehen ist.

§ 6.

Die Anfechtbarkeit.

Die Frage, ob das fehlende Erklärungsbewußtsein im Wege der Anfechtung geltend gemacht werden kann, bereitet für diesen Fall keine Schwierigkeit mehr. Gerade die vom RG dauernd ausgesprochene Zulassung der Anfechtung war es, die die verschiedenen Theorien in ihrem System nicht unterbringen konnten. Die Willenstheorie hatte ihre Schwierigkeit, weil trotz mangelnden Willens die Erklärung nicht nichtig, sondern nur anfechtbar sein sollte, die Vertreter der Fiktionslehre umgekehrt wegen der Zulassung der Anfechtung, weil also die Anfechtung nicht überhaupt versagt wurde, die Zurechenbarkeitstheorie, weil es auf das Verschulden nicht ankam.

Alle diese Schwierigkeiten fallen fort. Das Stillschweigen ist echte Willenserklärung, es finden die §§ 116 ff. BGB, insbesondere § 119, Anwendung[1]). „Wer das verneint, weil Willenserklärungen bewußte oder gewollte Kundgebungen eines Rechtsfolgewillens seien, verkennt das Anwendungsgebiet, das die Praxis dem § 119 mit Rücksicht auf den Vertrauensschutz in überzeugender Rechtsprechung gesichert hat“[2]). Wie sich der Handelnde sonst über die Bedeutung der von ihm gebrauchten Worte irrt, irrt er sich hier über die verkehrsübliche Bedeutung seines Verhaltens[3]).

Es wird daher auch für den Fall, daß der Empfänger des BestgSchrb. von diesem keine Kenntnis erlangt hat, die Unkenntnis dem Irrtum insoweit gleichgestellt.

Zwar besteht ein Unterschied nach der Richtung, daß beim Irrtum der Erklärende statt der richtigen eine positiv falsche Vorstellung hat, während bei der Unkenntnis jede Vorstellung fehlt, und man argumentiert daher, Nichtwissen sei doch etwas anderes als Falschwissen. Das Gesetz kennt jedoch eine solche Unterscheidung nicht[4]). Ob der Mangel, der den Irrtum hervorruft, in einer Unrichtigkeit oder in einem gänzlichen Fehlen der entscheidenden Vorstellung besteht,

---

1) RGRKomm. Vorbem. vor § 116,1.

2) Manigk: Beiträge II/632.

3) Danz, Auslegung, S. 48 Anm. 1; Jacobsohn: JheringsJ 56/367; Schmidt-Rimpler, Anm. zu JW 26/2532[7].

4) Vgl. S. 28.

bleibt sich gleich[5]). Nun ist jedoch nicht jeder Fall der Unkenntnis Irrtum[6]), denn Irrtum ist nichtbewußter Mangel, wer dagegen eine WE. abgibt in dem Bewußtsein, ihren Inhalt nicht zu kennen, ist nicht im Irrtum. Ein solcher Fall kann vorliegen, wenn der Empfänger eines BestgSchrb. dieses, ohne es zu lesen, in die Tasche steckt. Wenn der Erklärende in einem solchen Falle sich keine Gedanken über den Erklärungsinhalt macht, denkt er auch nichts Irriges darüber; er w i l l, mag die Sache so oder anders liegen[7]). Sein wahrer Wille weicht also gar nicht von der Erklärung ab, die Anfechtung ist bei bewußter Unkenntnis daher versagt. Meist aber liegt es so, daß der Erklärende bezüglich des Inhalts der Erklärung von einer bestimmten, wenn auch nur negativen (falschen) Vorstellung geleitet wird, z. B. nimmt er an, daß die Urkunde mit dem Ergebnis der gepflogenen Verhandlungen übereinstimme, und hält es deshalb für überflüssig, sie daraufhin zu prüfen und zu lesen. Hier irrt sich der Erklärende wieder über den Inhalt seiner Erklärung, er kann daher anfechten[8]).

Ob der Irrtum oder die Unkenntnis verschuldet oder unverschuldet ist, ist gleichgültig, denn darauf stellt das Gesetz nicht ab; entscheidend ist allein die Tatsache ihres Vorliegens[9]). Hat also der Empfänger tatsächlich keine Kenntnis von dem BestgSchrb. erhalten, weil er z. B. verreist war, so ist die Anfechtung zulässig; sie ist aber auch erforderlich, wobei es gleich ist, ob ihn bei der Unkenntnis ein Verschulden trifft, weil er etwa für Nachsendung hätte sorgen müssen, oder nicht[10]).

---

5) Staudinger-Riezler, § 119, V, 3; Planck, § 119, I, 3; Endemann, § 71 N. 3; RG 62/203.

6) Hölder, § 119,2.

7) RG 62/205; Leist: ArchZP. 102/248; SeuffBl. 72/677; RG 77/309; OLG 16/43.

8) Staudinger-Riezler, § 119, V, 3; Oertmann, § 119,8; Planck, § 119, II. 3; RG 62/203, 205; 88/278; JW 09, 214[1]; Warneyer, 1909 Nr. 553 S. 547; 1911 Nr. 429 S. 472; RG 77/312.

9) RG 62/205.

10) So unter Abkehr von der teilweise in früheren Entscheidungen vertretenen Scheidung nach dem Verschulden das RG von 103/405 ab ständig. Vgl. S. 67. Bedenklich KG: JW 28/1607[2]: „Erheblich wäre nur, daß der Empfänger zufolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes keine Kenntnis erhalten hätte; so auch Siller: Anm. zu JW 1931/3082[6]. Wie hier RG 129/347. Vgl. auch § 7 insbesondere S. 45 zur Frage der Anfechtung wegen Unkenntnis der Verkehrssitte.

§ 7.

Die Auslegung der stillschweigenden WE.

Als echte WE. unterliegt das Schweigen in gewöhnlicher Weise der Auslegung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben.

Das bezieht sich in erster Linie auf die Feststellung des Vertragsinhalts unter Berücksichtigung des § 133 BGB. Dieser weist den Richter an, bei der Auslegung von Willenserklärungen den „wirklichen Willen" zu erforschen. Das darf aber nicht falsch verstanden werden, denn nicht der innere, nicht zum Ausdruck gelangte Wille der Partei ist zu erforschen — das würde in unlösbarem Widerspruch zu den §§ 116, 119 stehen[1]) —, sondern maßgebend ist allein der erklärte Wille[2]). Es ist daher der „wirkliche" Wille nur als der „wirklich erklärte" Wille zu verstehen[3]), der nicht in Erscheinung getretene bleibt außer Betracht[4]), denn der Sinn des § 133 ist lediglich, einer Buchstabeninterpretation entgegenzuwirken. Es sind vielmehr auch die Umstände, unter denen eine Aeußerung erfolgt, zu beachten, sowie der Sprachgebrauch, die Vorverhandlungen und der wirtschaftliche Zweck[5]). Voraussetzung ist aber, daß das Gewollte in der Erklärung einen „wenn auch unvollkommenen Ausdruck" gefunden hat[6]), denn mit der Ermittlung dessen, was neben dem Erklärten etwa gewollt sein könnte, hat § 133 nichts zu tun[7]). „Nicht der Wille, sondern das Erklärte muß ermittelt werden"[8]).

Der so ermittelte Inhalt ist dann auf seine Uebereinstimmung mit Treu und Glauben im Verkehr zu prüfen (§§ 157, 242) [9]). § 133 schließt die Regel des § 157 nicht etwa aus[10]). Zwar bestimmt sich die einzelne WE. nach §133, aber während nach § 133 zu erforschen

---

1) JW 1908/269[2].

2) RG 63/13; 67/433; 68/128; 95/126; „Recht", 1915/Nr. 1928; 1920/Nr. 12; Hölder, Inhalt der WE., S. 5.

3) Titze, Mißverständnis, S. 85; Planck, § 133,1.

4) Staudinger-Riezler, § 133,4.

5) Motive I S. 155; Danz, Auslegung, S. 23.

6) Gruchot 52/426; JW 1905/336[3]; Warneyer 1917/Nr. 288, S. 452; von Tuhr, II, I, S. 538; Goldmann-Lilienthal, § 44,1 S. 179.

7) Gruchot 61/115.

8) Manigk,WEWg. S. 429.

9) Hamburger, Treu u. Glauben, S. 24.

10) Warneyer, § 157, IV.

ist, in welchem Sinn das Gesagte zu verstehen ist, gibt § 157 Anweisung darüber, welche Tragweite der sinngemäß festgestellten Aeußerung zukommt[11]), § 157 enthält also eine Ergänzung des § 133[12]).

Mit § 242 ist § 157 nicht identisch[13]), denn während § 157 als Auslegungsregel der Feststellung des Tatbestandes dient, bestimmt § 242, wie zu leisten ist, er stellt also die Leistungsart fest, d. h. er bezieht sich auf die Rechtsfolgen[14]).

Zwar scheint § 157 seinem Wortlaut nach nur für Verträge zu gelten, aber was vom Vertrag als ganzem gilt, muß sinngemäß auch von den Akten gelten, aus denen er sich zusammensetzt, also von Antrag und Annahme. Gilt er aber von diesen, für sich allein betrachtet doch einseitigen Akten, so kann man nicht andere derartige Akte davon ausnehmen[15]). Darum geht die herrschende Lehre[16]) dahin, den § 157 entsprechend auch auf einseitige Rechtsgeschäfte anzuwenden[17]).

Gegenüber § 157 nimmt § 346 HGB eine Sonderstellung nicht ein. § 346 überträgt die Grundsätze des § 157 lediglich auf das Gebiet des Handelsrechts; was § 157 für das bürgerliche Recht bedeutet, ist § 346 HGB für das kaufmännische.

Ein begrifflicher Unterschied zwischen § 157 BGB und § 346 HGB[18]) besteht jedenfalls nicht[19]).

a) Die Verkehrssitte.

In § 346 HGB finden wir nun als „Element der Auslegung“[20]) die kaufmännische Verkehrssitte, das sind „die im Handelsverkehre gel-

---

11) So Oertmann: Rechtsordnung, S. 82.

12) Planck, § 157,2.

13) Schneider: IheringsJ 59/388, ArchBürgR 25/272; Oertmann: Rechtsordnung, S. 312; Warneyer, § 157, IV; a. M.: Danz, Auslegung, S. 135; Titze, Mißverständnis, S. 492 Anm. 50.

14) RGRKomm. § 242,1; Oertmann, Rechtsordnung, S. 312.

15) Oertmann, a.a.O., S. 82.

16) a.M. wohl nur Rudolf Leonhard, Allg. Teil, S. 354.

17) RG: SeuffArch 59/Nr. 177, S. 312; Staudinger, § 157,5d; Enneccerus-Nipperdey, § 193, III[16]; Planck, § 157,1; Warneyer, § 157,IV; Hamburger, Treu u. Glauben, § 2,1 S. 8; Danz: IheringsJ 38/466 u. Auslegung, S. 132.

18) der allerdings von § 157 BGB als der umfassenderen Norm beherrscht wird.

19) v. Gierke, Handelsrecht, § 3, II,2 S. 17.

20) RG 131/275.

tenden Gewohnheiten und Gebräuche". Sie sind kein Gewohnheitsrecht [21]), sondern Uebungen tatsächlicher Natur. So schied schon das ADHGB zwischen „Handelsgebräuchen" in Art. 1 und „Gewohnheiten und Gebräuchen" in Art 279, der im Gegensatz zu Art. 1, der Gewohnheitsrechte darstellte, nicht als Rechtsnorm galt. Nach h. L. ist „Verkehrssitte" auch lediglich eine den Verkehr beherrschende tatsächliche Uebung [22]). Sie setzt ein häufigeres Vorkommen in einem längeren Zeitraum voraus; vorhanden sein muß eine einheitliche Anschauung, und zwar nicht nur bei einer Interessengruppe — zum Zweck der Herausholung besserer Bedingungen etwa — sondern bei allen an dem betreffenden Zweig des Verkehrslebens interessierten Kreisen [23]). Nicht ausreichend ist daher „Geschäftsgebrauch", d. h. gleichartiges Handeln einer Gruppe von Kaufleuten, es muß vielmehr dieses Handeln allseitig gebilligt, zumindest unwidersprochen sein.

Das Bestehen der Verkehrssitte ist Gegenstand des Beweises; die Feststellung, daß in einem bestimmten Geschäftszweig oder an einem bestimmten Ort eine Verkehrssitte besteht oder nicht besteht, ist als tatsächliche Feststellung der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogen [24]), andererseits ist Nichtbeachtung der Verkehrssitte Gesetzesverletzung, das Berufungsurteil also revisibel [25]). Zu beachten ist sie selbst dann, wenn sie mit einer Gesetzesnorm, es sei denn mit zwingendem Recht [26]), in Widerspruch steht [27]). Das gleiche gilt vom Handelsgebrauch [28]).

---

21) a. M. Danz, Auslegung, S. 128 ff. Gegen ihn besonders Titze, Mißverständnis, S. 472. A.M. ferner Kiss: IheringsJ 58/470 und Danz: IheringsJ 38/398.

22) RGRKomm § 157,1; Staudinger-Riezler, § 157,3; Dür.-Hach.-Werner, § 346 Anm. 2 ff.; Oertmann, Rechtsordnung, S. 32; Hamburger, Treu u. Glauben, S. 15; Recht 1920/Nr. 2276. Planck § 157,1b; RG 49/162; 55/377.

23) RG 69/153; 79/438; Recht 1920/2276.

24) RG 55/377.

25) Warneyer, 1919/Nr. 131, S. 201.

26) Dies ist ein wesentlicher Unterschied zwischen der Verkehrssitte und dem Gewohnheitsrecht, das auch zwingendes Recht außer Kraft setzen kann (Oertmann, Rechtsordnung, S. 356).

27) Staudinger-Riezler, § 157,3; Mosse-Heymann, § 346,3; Ritter, § 346,4.

28) Nicht zu verwechseln damit sind die „allgemeinen Geschäftsbedingungen" oder Verkehrsordnungen, die von Verbänden oder Börsen, Märkten, Verkehrsanstalten veröffentlicht werden, ohne Beziehung auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis, um im speziellen Fall den Herausgeber wie den Gegner zu binden. Sie dienen der Erleichterung des Verkehrs; ihre Kenntnis wird vermutet, wenn ihre Bekanntgabe handelsüblich erfolgt ist. Vgl. RG 103/85; Bendix: JW 1921/226.

Eine alte Streitfrage ist nun, ob der Erklärende die Verkehrssitte gekannt haben muß. Die ältere Rechtslehre hat das bejaht, denn sie ließ die Verkehrssitte nur gelten, wenn der entsprechende Wille vorlag. Das aber war ohne Kenntnis nicht möglich. So sagte das ROHG[29]: „Die Handelsgebräuche bilden einen stillschweigenden Bestandteil der WE.; ihr Inhalt gilt nur, weil er gewollt ist, und dieser Wille ist ohne Kenntnis derselben undenkbar." Dabei hatte man zunächst volle Kenntnis des Inhalts der Verkehrssitte verlangt. Später sah man davon ab, man ließ es genügen, wenn der Erklärende wenigstens mit dem Vorhandensein einer Verkehrssitte gerechnet haben mußte[30]. Versäumte er es dann, sich nach ihrem Inhalt zu erkundigen, so hatte er die Folgen seiner verschuldeten Unwissenheit zu tragen[31]. Später wandelte man diese Gedankengänge dahin ab, daß man annahm, es dürfe bei Kaufleuten beim Abschluß von Geschäften ein auf die Unterwerfung unter die Handelsgebräuche und Gewohnheiten stillschweigend erklärter Wille unterstellt werden[32].

Alles dies ist aber nicht zu billigen, denn tatsächlich kommt die Verkehrssitte nicht zur Anwendung, weil die Parteien es etwa so gewollt hätten, auch nicht, weil sie sich ihr unterworfen haben, sondern ihre Anwendung beruht unmittelbar auf Gesetz, d. h. auf den §§ 157 BGB und 346 HGB[33]. Daraus folgt, daß die Parteien nicht nur nicht den Inhalt, sondern nicht einmal das Vorhandensein der Verkehrssitte zu kennen brauchen. Sie ist maßgebend ohne Rücksicht auf Wissen und Willen[34]. Auch ohne Kenntnis der Verkehrssitte entsteht der ihr entsprechende Inhalt des Vertrages; das gilt selbst dann, wenn eine Partei es nur versäumt hat, ihren abweichenden Willen zu äußern,

---

29) ROHG 6/Nr. 13, S. 78.

30) ROHG 1/92; 4/140.

31) ROHG 5/186.

32) ROHG 8/258.

33) Danz, a.a.O., S. 90; Mosse-Heymann, § 346,3; Ritter, § 346,2.

34) Staub-Heinichen, III § 346 Anm. 9; Dür.-Hach.-Werner, IV § 346, Anm. 3 und 9; RGRKomm § 157,1; Hölder, § 133, 3c, β; Achilles-Greiff, § 157,4; Oertmann, Rechtsordnung, S. 66; Danz, a.a.O., S. 54 und 139; Titze, Mißverständnis, S. 491; Schneider, Treu und Glauben, S. 151; Hamburger, Treu und Glauben, S. 15. Vgl. RG 69/127; 95/243; 112/253; 114/12; 42/146; JW 1907/149; 1926/1325[1]; Gruchot 52/1100; 53/410; 59/919; 67/650; HansGZ 1911/30; LZ 1907/216[5]; Warneyer, 1919/301.

u. U. also sogar gegen ihren Willen [35]). Die Rechtssicherheit erfordert auch hier, daß der Geschäftsgegner die Erklärung so auffassen kann, wie dies der tatsächlichen Uebung des Ortes und der betreffenden Geschäftskreise entspricht [36]). Die Frage ist nur, ob der Erklärende die Möglichkeit der Anfechtung hat.

Hat die Partei die Verkehrssitte gekannt, sich ihr nicht unterwerfen wollen, es aber versäumt, diesen Willen zu äußern, so bietet die Bejahung der Anfechtungsmöglichkeit keine Schwierigkeiten. Wie aber, wenn sie die Verkehrssitte nicht gekannt hat. Kann sie dann wegen ihrer Unkenntnis aus § 119 BGB anfechten?

Aus den oben [37]) angestellten Erwägungen ergibt sich, daß dann z. B. die Anfechtung versagt bleiben muß, wenn es versäumt wird, sich über den Inhalt einer Verkehrssitte zu informieren, denn dann liegt der Fall vor, daß der Erklärende jeden Inhalt billigt, er befindet sich in bewußter Unkenntnis. Anders aber, wenn er das Bestehen einer Verkehrssitte überhaupt nicht kennt. Dann steht, vorbehaltlich des überaus schwierigen Beweises, da die Verkehrssitte jedem bekannt sein sollte, auch hier die ignorantia dem Irrtum gleich und die Anfechtung ist m.E. zuzulassen.

Es liegt dies daran, daß die Verkehrssitte Bestandteil der WE. ist. Sie ist maßgebend für die inhaltliche Tragweite der WE., infolgedessen hat der Erklärende seine Erklärung falsch beurteilt, er hat ihr einen anderen Erklärungswert zugeschrieben, als sie in Wirklichkeit hatte [38]). Wenn man es richtig betrachtet, wird also gar nicht der Irrtum über die Verkehrssitte als solcher berücksichtigt, sondern lediglich in seiner Bedeutung als Entstehungsgrund für den Irrtum über den Erklärungsinhalt. Ein solcher aber berechtigt ohne Zweifel zur Anfechtung.

Zusammenfassend ist darum zu sagen, daß auch bei Unkenntnis der Verkehrssitte bzw. der handelsrechtlichen Gewohnheiten und Gebräuche, genau wie für den Fall, daß der Erklärende sich über die

---

35) RG: JW 1926/1325; Dür.-Hach.-Werner, § 346 Anm. 9.

36) „Wer etwas anderes will, muß dies erklären". Staub-Bondi, I Allg. Einltg. Anm. 34.

37) § 6, S. 39f.

38) Oertmann, Rechtsordnung, S. 77.

Bedeutung der Verkehrssitte geirrt hat, eine Anfechtung der WE. durch den Erklärenden möglich ist [39]).

39) Zustimmend im Ergebnis: Enneccerus-Nipperdey, § 193,III; Oertmann, § 157, 2b, δ; Dür.-Hach.-Werner, § 346,3; Titze, Mißverständnis, S. 470 ff.; Oertmann, Rechtsordnung, S. 66, 77; Danz, Auslegung, S. 54. Verneinend wohl nur RG: JW 1898/667. In der Praxis wird dieser Fall infolge der Beweisschwierigkeit jedoch kaum einmal eintreten.

III. Schweigen im Handelsrecht.

Betrachten wir einmal das gewonnene Ergebnis, so ist bisher festgestellt worden, daß die Zustimmungswirkung, die unter Umständen das Schweigen auf ein BestgSchrb. haben kann, einer echten stillschweigenden Willenserklärung des Empfängers zuzuschreiben ist.

Die Frage ist nun, unter welchen Voraussetzungen sie eintritt. Wissenschaft und Rechtsprechung antworten darauf übereinstimmend: „Wenn Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte Sprechen verlangten".

Soviel steht fest: ein allgemeiner Grundsatz, daß Schweigen auf die Erklärung eines anderen als Genehmigung aufzufassen sei, existiert nicht [1]). Der Satz qui tacet, consentire videtur [2]) ist daher höchstens mit der Einschränkung aufrechtzuerhalten: ubi loqui debuit ac potuit. Aehnlich sagte das ALR [3]): „Schweigen ist an sich Ablehnung, gilt aber als Zustimmung, wenn man reden konnte und nach Bestimmung der Gesetze reden mußte".

§ 8.

Gesetzliche Vorschriften.

Das BGB hat sich an mehreren Stellen mit dem Stillschweigen befaßt, wobei es teils als Genehmigung [4]), teils als Ablehnung [5]) angesehen wird, zum Teil ist auf die Umstände abgestellt [6]). Mit der Frage

1) Staub-Heinichen, § 346 Anm. 16; Dür.-Hach.-Werner, § 346 Anm. 13; Becker, RuH 1927/62 ff.

2) cap. 43 in VI. de regulis iuris 5,12; vgl. L 142, dig. de R.J. 50/17.

3) ALR I. Tit. 4, § 61.

4) §§ 416 Abs. I Satz 2; 496 Satz 2; 516 Abs. II Satz 2; 568; 625; 1943 Halbs. 2.

5) §§ 108 Abs. II a.E.; 177 Abs. II a.E.; 415 Abs. II Satz 2; 458 Abs. I Satz 2; 1396, II,2; 1448, II,2; 2307, II,2.

6) §§ 164 Abs. I Satz 2; 612; 632.

der stillschweigenden WE. hat das aber nichts zu tun, denn die zitierten Fälle sind zum Teil vermutete WE. [7]), zum Teil fingierte, im Grunde also überhaupt keine echten WE.

Im Rahmen des Handelsrechts ist hiervon höchstens § 496 BGB von Interesse. Es handelt sich dort um den „Kauf auf Probe", d. h. der Kaufvertrag ist unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung abgeschlossen. Durch die Billigung wird er zum unbedingten, wenn diese innerhalb der festgesetzten Frist erfolgt. Schweigt der Käufer jedoch, wenn ihm die Sache übergeben war, erklärt er sich also nicht, so gilt sein Schweigen als Billigung (§ 496 Satz 2).

Aehnlichen Grundsätzen unterliegt die „Auswahlsendung", wenn sie entweder ausdrücklich bestellt war, oder der Absender mit dem Einverständnis des Empfängers — wegen dauernder Geschäftsverbindung etwa — mit Sicherheit rechnen durfte. Keinesfalls gilt dasselbe von der Auswahlsendung unbestellter Ware, wo sich auf das Stillschweigen die Annahme bzw. Genehmigungswirkung nicht gründen läßt.

Im HGB sind die Fälle, in denen nach dem Gesetz Schweigen als Zustimmung gilt, häufig. So bestimmt die in diesem Zusammenhang wohl wichtigste Vorschrift, § 362 HGB: Geht einem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von jemand zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, oder demgegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat (Abs. I Satz 2), so ist er verpflichtet, unverzüglich zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme.

Ferner: Nach § 377 HGB gilt Schweigen, d. h. Unterlassen der unverzüglichen Mängelanzeige als Genehmigung der Ware, es sei denn, daß es sich um einen zunächst nicht erkennbaren Mangel gehandelt, oder der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.

§ 85 HGB: Hat ein Vermittlungsagent, d. h. ein kaufmännischer Angestellter, der nur zur Vermittlung, nicht aber auch zum Abschluß von Handelsgeschäften für den Geschäftsherrn befugt war, ein Geschäft in dessen Namen abgeschlossen, so gilt es gemäß § 85 HGB als genehmigt, wenn der Geschäftsherr es nicht unverzüglich nach Kenntniserlangung ablehnt.

7) Praesumtio iuris et de iure.

Aehnlich gilt das Schweigen des Kommittenten als Genehmigung, wenn der Kommissionär auftragswidrig die ihm gesetzten Preisgrenzen überschritten hat, und er dies dem Kommittenten anzeigt: § 386 Abs. I HGB.

Nimmt eine Partei eine Schlußnote mit einer seitens des Handelsmäklers vorbehaltenen Kontrahentenbezeichnung (§ 95 Abs. I HGB) an, ohne zu widersprechen, so ist sie an das Geschäft mit der später bezeichneten Partei gebunden, es sei denn, daß gegen diese begründete Einwendungen zu erheben sind.

§ 60 HGB: Ist dem Prinzipal bei der Anstellung eines Handlungsgehilfen bekannt, daß dieser selbst ein Handelsgewerbe betreibt, so gilt die Einwilligung dazu als erteilt, und das gleiche gilt hinsichtlich der Teilnahme eines OHG-Gesellschafters an einer anderen Gesellschaft, § 112 HGB; auch hier gilt, wenn die übrigen Gesellschafter bei Eingehung der Gesellschaft davon Kenntnis hatten, die Einwilligung als erteilt.

Faßt man die ratio dieser Vorschriften ins Auge, so ergibt sich in der Tat, daß ihnen allen der Gedanke zugrundeliegt, daß Schweigen immer dann — aber auch nur dann — als Zustimmung angesehen wird, wenn Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Handels eine ablehnende Erklärung gefordert hätten [8]).

Dieser Grundsatz beherrscht das gesamte Handelsrecht. Es handelt sich dabei jedoch keineswegs um eine analoge Anwendung der im HGB normierten Tatbestände, denn in ihnen wird die Zustimmung lediglich f i n g i e r t. Verwertbar aber ist der ihnen zugrundeliegende Gedanke, der Schweigen nicht schlechthin als Genehmigung ansieht [9]), sondern nur im Rahmen von Treu und Glauben in Uebereinstimmung mit der Handelssitte.

Unter seinem Gesichtspunkt sind daher auch die Urkunden zu betrachten, deren sich der Kaufmann im Handelsverkehr regelmäßig bedient. Es soll im folgenden deshalb kurz darauf eingegangen werden, welche Grundsätze sich bei den verschiedenen kaufmännischen Urkunden herausgebildet haben, einmal, weil sie auch für das BestgSchrb. zum großen Teil gelten, dann aber auch, um eine Abgrenzung dieser Urkunden zum BestgSchrb. zu erreichen.

---

8) Hallermann: ZfHR 89/232, 241; Becker, RuH 1927/65.

9) Vgl. ROHG Bd. I/79.

Die Schlußnote, die vom Handelsmäkler den Parteien zugestellt wird, hat ihre Bedeutung darin, daß sie ein Beweismittel für den Geschäftsabschluß bildet. Dessen Zustandekommen hängt von ihr in keiner Weise ab, weder von ihrer Aushändigung, noch von der Annahme oder Unterschrift [10]. Jedoch begründet die stillschweigende Annahme der Schlußnote [11] die tatsächliche Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit ihres Inhalts [12].

Anders dagegen wirkt die stillschweigende Entgegennahme einer Faktura. Zwar bezieht auch sie sich auf das abgeschlossene Geschäft, aber die Faktura dient regelmäßig nur der Feststellung von Ware und Preis, nicht aber zur Aufnahme anderer rechtserheblicher Mitteilungen einer Partei, wie z. B. bezüglich des Erfüllungsortes oder der Reklamationsfrist. Solche Vermerke hat man in Rechnungen grundsätzlich nicht zu suchen, sie würden einen unberechtigten Abänderungsvorschlag darstellen, der durch Schweigen lediglich abgelehnt wird [13]. Durch einseitige nachträgliche Aenderungen in der Faktura kann also die Rechtslage des Käufers hinsichtlich von Punkten, die nicht in der Faktura zu stehen pflegen, nicht geändert werden. Schweigen darauf präjudiziert den Empfänger nicht, sein Schweigen gilt nicht als Genehmigung [14]. Wird zusammen mit der Rechnung ein Bestätigungsschreiben gesandt, so gelten regelmäßig die Grundsätze des Bestg. Schrb. [15]. Erforderlich ist aber, daß das Schreiben rechtzeitig genug eingeht, damit der Empfänger noch vor Warenannahme widersprechen kann: sonst gilt dasselbe wie für die Faktura allein: es handelt sich dann um einseitige nachträgliche Vermerke, denen nicht widersprochen zu werden braucht [16].

---

10) RG 59/350; 90/168; 105/205; 123/99.

11) Schlußnote ist nicht gleich Schlußschein! So aber (falsch) Lewin, Diss. S. 18. Ueber Schlußscheine vgl. S. 51.

12) ROHG 15/292; Gruchot 55/700, HansRZ 1919/358, JW 1898/162; 1904/57, LZ 1909/140; SeuffArch 78/72; 73/2; 62/346.

13) Ob das gleiche bei jahrelangem, fortgesetztem Geschäftsverkehr gilt, ist bestritten, wohl aber zu bejahen; ebenso Staub-Heinichen, III. Anhg. zu § 372 Anm. 34a.

14) RG 52/133; 57/408; Makower, § 346, III. a. A.; Staub-Heinichen, III. Anhg. zu § 372 Anm. 34a; Koenige, § 346, 4c.

15) RG 52/133; 95/120; Hamburger, Treu und Glauben, S. 52. Vgl. auch RG 59/350; JW 1898/292; 1904/341; 1922/1717; ROHG 22/144; OLG 8/28, Brand, § 346; 5aa; Bolze, 3/204; 12/242; 18/447; 23/177.

16) RG 133/339.

Ebenso verhält es sich mit der stillschweigenden Entgegennahme einer Kommissionskopie, die der Reisende gewöhnlich unmittelbar nach Geschäftsabschluß dem Kunden aushändigt. Schweigen auf einseitige, vorher nicht vereinbarte Zusätze ist nicht als Einverständnis zu werten [17]). Anders nur, wenn der Empfänger die Auftragskopie im Beisein des Reisenden prüft und nichts beanstandet [18]).

Anders liegt es auch, wenn der Kunde die Auftragskopie unterschreibt; dann aber haben wir es rechtlich regelmäßig mit einem Bestellschein zu tun, d. h. es liegt noch kein Abschluß vor, sondern lediglich ein Vertragsantrag. Hier aber wird das Schweigen von einer anderen Seite her wesentlich. Schweigt nämlich der Verkäufer auf einen vom Käufer unterzeichneten Bestellschein, so erkennt er damit seinen Inhalt an und er wird später nicht damit gehört, es sei etwas anderes vereinbart worden [19]).

Schlußscheine werden von den Parteien gewechselt, um den Vertragsinhalt festzustellen. Sie tragen die Unterschrift jeder Partei und unterscheiden sich von den Schlußnoten dadurch, daß kein Makler tätig war. Schweigen einer Partei auf einen Schlußschein, den die andere erteilt, gilt als Zustimmung zu dessen Inhalt. Der Schlußschein untersteht insoweit genau denselben Grundsätzen wie das BestgSchrb.[20]).

Was das Schweigen auf die Zusendung von Katalogen und Preislisten anlangt, so hat es zunächst natürlich keine Wirkung. Bedeutung kann es aber erlangen, wenn später ein Geschäft daraufhin zustande kommt. Will sich der Käufer dann nicht den Bedingungen unterwerfen, so muß er widersprechen [21]).

Von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen war schon die Rede [22]), hinzuzufügen ist an dieser Stelle, daß auch hier das Schweigen rechtserhebliche Bedeutung gewinnen kann, wenn nämlich später einmal auf Grund der Bedingungen ein Geschäft zwischen den

---

17) Dür.-Hach.-Werner, § 359,3; Staub-Heinichen, Anhg. zu § 372 Anm. 35; Koenige, § 346,4 f.; Recht 1914/Nr. 2006.

18) OLG 41/244; RG 58/70; LZ 1908/472[6].

19) RG 57/408; 58/69; Koenige, § 346, 4e; Staub-Heinichen, Anhg. zu § 372 Anm. 36.

20) JW 1924/405; Warneyer 1922/95.

21) JW 1919/325; RG 52/133; OLG 9/131; Recht 1904/Nr. 223; LZ 1919/368; SeuffArch 64/390.

22) oben S. 43 Anm. 28. Vgl. auch § 10 unter d).

Kontrahenten zustandekommt. Dann bilden sie nämlich die sogen. „lex contractus". Hat der Empfänger seinerzeit geschwiegen, so hat er sich ihnen damit unterworfen [23]). Das gilt selbst, wenn im Augenblick das beabsichtigte Geschäft nicht zustandekommt, sondern erst später ein anderes. Auch hier bleiben — es sei denn, daß es jahrelang zurückliegt [24]) — die Geschäftsbedingungen, die seinerzeit zur Anknüpfung einer Geschäftsverbindung übersandt wurden, maßgebend [25]).

23) RG 58/155; JW 1918/236; 1927/1467[4]; LZ 1915/705; Recht 1921/Nr. 1442; SeuffArch. 75/147; Becker, RuH, 1927/352.

24) Warneyer, 1915/Nr. 44.

25) OLG: HansGZ 1917/252.

IV. Das Schweigen auf Bestätigungsschreiben.

Diesen Urkunden, die der Kaufmann im täglichen Handelsverkehr gebraucht und verwendet, reiht sich nun als eine der wichtigsten das Bestätigungsschreiben an.

Unter Kaufleuten besteht nämlich die Gepflogenheit, mündlich, telephonisch oder telegraphisch abgeschlossene Verträge [1]) — „der Ordnung halber" — zu bestätigen. Die Frage ist, ob man soweit gehen kann, einen allgemeinen Handelsbrauch anzunehmen. Besteht ein solcher nämlich, so kann das u. U. die Wirkung haben, daß der mündliche Abschluß noch nicht bindend ist, sondern der Vertrag erst mit der Bestätigung zustandekommt.

Einfach liegt der Fall, wenn die Parteien selbst vereinbart haben, der Vertrag solle erst durch nachfolgende Bestätigung perfekt werden, z. B. durch die Klausel „konforme Bestätigung vorbehalten" [2]). Dann regelt sich das Zustandekommen des Vertrages nach § 154 Abs. II BGB [3]). Heißt es in einem Telegramm, das ein Angebot annimmt: „Briefbestätigung unterwegs", so kommt der Vertrag meist erst durch den Brief zustande, jedoch hängt dies weitgehend von den Umständen des Einzelfalles ab [4]).

Abgesehen davon aber ist es sehr bestritten gewesen, ob, zumindest wenn es sich um größere Abschlüsse handelt [5]), ein derartiger Handelsbrauch besteht.

---

1) Ueber das BestgSchrb. „zum Zwecke des Vertragsschlusses" auf Grund bloßer Vorverhandlung vgl. unten S. 56ff.

2) SeuffArch 57/Nr. 205, S. 386.

3) d. h. der Vertrag ist nicht geschlossen, solange nicht übereinstimmende Bestätigungen beider Parteien vorliegen.

4) Aehnliches gilt für die Klausel: „Brief folgt"; vgl. JW 1924/405 und Anm. zu Nr. 3. Oft bezweckt sie nur den Vorbehalt der Regelung über Nebenpunkte (RG 105/13). A.M. Becker RuH 1927/7.

5) Auf die Größe und Wichtigkeit des Abschlusses abzustellen, ist jedoch m.E. verfehlt. Ebenso Becker: RuH 1927/6.

Es ist daher für diese Frage und die einzelnen Branchen eine Fülle von Gutachten ergangen, die sich zum größten Teil allerdings verneinend ausgesprochen haben [6]).

Zwar liegt es im Interesse der Parteien, Zweifelsfragen zu beseitigen und sich zu vergewissern, ob die beiderseitigen Auffassungen sich decken, andererseits erscheint es jedoch richtiger, durch diese Gepflogenheit nicht die Wirksamkeit eines vorher erfolgten Vertragsschlusses in Frage zu stellen. Mit Recht hat daher das Reichsgericht [7]) die Auffassung vertreten, daß es keinen allgemeinen Handelsbrauch gäbe, wonach der Vertragsabschluß von dem BestgSchrb. abhänge [8]).

Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Fall, in dem es sogar als Verschulden angesehen worden ist, daß ein Kaufmann kein Bestg. Schrb. gesandt oder zum mindesten verlangt hat [9]). Das RG kam zu dem Ergebnis, es hätte dem Kaufmann zum Bewußtsein kommen müssen, daß ein Mißverständnis vorliegen könne. Wenn er trotzdem nicht vorsichtshalber bestätigt habe, so treffe ihn (im vorliegenden Fall: mitwirkendes) Verschulden.

---

6) Textil: Dove-M. IV Nr. 808/865/874; Apt, Gutachten II/S. 324[1]; III/S. 251[3]. Eisen-Metall: Dove-M. IV/Nr. 505, 739, 819. Tabak: Dove-M. IV/Nr. 205. Ein singulärer Brauch besteht im Webstoffgewerbe: Dove-M. IV/N. 222.

7) So (gegen die frühere, inzwischen aufgegebene Ansicht Staubs: Anhg. zu § 361 Anm. 84): RG: JW 1924/405[3].

8) Zustimmend Becker: RdschfGmbH. 1918/235 ff., RuH 1927/6 ff.; RG 105/14; OLG 8/428; SeuffArch 54/Nr. 38; Dove-M. IV/Nr. 400, 437; vgl. auch Nr. 430; 601; 649; 884. A.M. KG: KGBl 1919/51 „... derart üblich, daß es als stillschweigend vereinbarte wesentliche Form angesehen werden kann"; Oertmann: Ehrenbergs Hdb. IV, 2/372: „... allgemein üblich".

9) RG: HansRZ 1923/138.

§ 9.

Die Arten von Bestätigungsschreiben.

Welche Bedeutung nun das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben hat, hängt von dem Inhalt des Schreibens ab.

Deshalb hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung betont, daß die Grundsätze des BestgSchrb. nicht in ein starres Schema gepreßt werden dürfen, sondern daß es weitgehend auf die Umstände des Einzelfalles ankomme. Insofern hat jede Einteilung in die verschiedenen Arten von BestgSchrb. ihre Gefahr, jedoch haben sich im Verlauf der Rechtsprechung soviel gemeinsame Gesichtspunkte ergeben, daß es wohl möglich ist, diese zusammenzufassen und darauf aufbauend ein System zu finden.

Daß eine Einteilung nötig ist, liegt daran, daß die Ausdrucksweise des täglichen Lebens verschiedene Tatbestände mit dem gleichen Namen belegt.

An dieser Stelle nicht einzugehen ist auf die unterschiedliche Behandlung des BestgSchrb. im Verkehr unter Kaufleuten einerseits und Nichtkaufleuten andererseits. Das ist einem späteren Kapitel vorbehalten [10]). Damit nicht zu verwechseln ist jedoch eine leider recht verbreitete und geläufige Unterscheidung zwischen „kaufmännischen" und „gewöhnlichen" BestgSchrb. Diese Unterscheidung [11]) wird oft in verschiedenem Sinn gebraucht, meist aber so, daß die konstitutiven [12]) BestgSchrb. als kaufmännische, die deklaratorischen als gewöhnliche BestgSchrb. bezeichnet werden.

Diese Unterscheidung geht m. E. jedoch fehl, denn sie geht davon aus, daß die Bedeutung der mit konstitutiver Kraft ausgestatteten BestgSchrb. lediglich im Verkehr unter Kaufleuten, die Bedeutung der gewöhnlichen unter Nichtkaufleuten liege. Das ist aber nicht richtig, denn das konstitutive BestgSchrb. ist von gleicher Bedeutsamkeit unter Nichtkaufleuten, wie umgekehrt das deklaratorische — soweit es überhaupt von Bedeutung ist — unter Kaufleuten.

---

10) Vgl. § 12.

11) So z. B. auch Staudinger-Riezler, § 146,3.

12) Darüber unten § 9b.

Außerordentlich gebräuchlich ist in Anlehnung an Staub [13]) eine Dreiteilung der Arten des BestgSchrb. geworden. Aber seine Einteilung ist m. E. nicht restlos zu billigen, da er sie auf ein subjektives Moment abstellt, nämlich die Absicht des Bestätigenden.

Diese aber scheint mir gerade beim BestgSchrb. nicht maßgeblich genug zu sein; es dürfte daher besser sein, eine Einteilung nach objektiven Gesichtspunkten vorzunehmen, und zwar ist in erster Linie eine Trennung nach der Richtung hin zu vollziehen, daß die Bestätigungsschreiben nach voraufgegangenem Vertragsschluß, die den Zweck haben, den Geschäftsabschluß in der stattgehabten Form zu bestätigen, gegenübergestellt werden den Bestätigungsschreiben, die — nach bloßen Vorverhandlungen — erst zum Vertrage führen sollen.

a) Bestätigungsschreiben „zwecks" Vertragsschluß.

Die letzte Kategorie, die wir am besten „Bestätigungsschreiben zum Zwecke des Vertragsschlusses" nennen können, bedarf nur einer kurzen Erörterung, da sie nichts grundsätzlich Neues bietet.

Die hierunter zusammengefaßten Schreiben sind nur äußerlich dem Namen nach „BestgSchrb.", ihrem rechtlichen Wesen nach aber stehen sie unter gewohnten, längst für sie festgelegten Normen. Sie dienen dazu, nach unverbindlichen Verhandlungen einen Vertragsschluß herbeizuführen, indem der Absender seinen Vertragswillen noch einmal zusammenfassend kundgibt [14]). Sie kommen vor

1.) in der Form der Genehmigung vollmachtsloser Vertreterhandlungen,
2.) als Vertragsangebot und
3.) als Vertragsannahme.

1.) Von der Bestätigung vollmachtsloser Vertreterhandlungen ist zunächst zu trennen die nach den Regeln über BestgSchrb. zu behandelnde Bestätigung des Stammhauses hinsichtlich von Abschlüssen vollmachts b e r e c h t i g t e r Vermittlungsagenten. Es ist nämlich möglich, daß solche Abschlüsse unter dem ausdrücklichen Vorbehalt einer Bestätigung erfolgen, vielfach ist dies sogar Handelsbrauch [15]). Ein sol-

13) Staub-Heinichen, Anhg. zu § 372 Anm. 38 ff.; vgl. auch Beckmann, Diss. S. 3.

14) Titze, Anm. z. JW 1925/779[33].

15) Dove-M. IV/Nr. 201; vgl. auch Nr. 782.

ches BestgSchrb. folgt den Grundsätzen, die für das „BestgSchrb. nach Vertragsschluß" zur Anwendung kommen [16]), das Schweigen darauf gilt meist als Genehmigung [17]).

Hier aber sollen nur die BestgSchrb. einer Untersuchung unterzogen werden, die sich als Bestätigungen von vollmachtlosen Vertreterhandlungen durch den Vertretenen darstellen. Es sind dabei folgende Fälle möglich:

a) Die Vollmacht besteht überhaupt nicht, d. h. es handelt sich um völligen Vertretungsmangel,

b) die Vollmacht besteht nicht in solchem Umfang, also entweder liegt

α) Ueberschreitung der Vollmacht von [18]), oder

β) Vollmacht besteht nicht für ein Geschäft dieser Art [19]).

Fordert in diesen Fällen der Gegenkontrahent den Vertretenen zur Genehmigung des vollmachtslos abgeschlossenen Geschäfts auf, so gilt — mit Ausnahme des § 85 HGB — nach den üblichen Grundsätzen des BGB. das Schweigen darauf als Ablehnung (§ 177 Abs. II BGB).

2.) Als „BestgSchrb." wird häufig auch ein Schreiben bezeichnet, in dem sich rechtlich nur ein Vertragsantrag befindet [20]). Es sind hier folgende Fälle denkbar:

a) Es liegt ein wissentlicher Vertragsantrag vor.

Es kommt oft vor, daß langwierige Vorverhandlungen oder bei diesen unklar und unvollständig gebliebene Abmachungen noch einmal zusammengefaßt werden, um die Ansicht des Antragenden endgültig zu umreißen. Das Schreiben enthält mithin die Feststellung des Willens des Absenders; es zeigt, in welchem Sinn er abschließen möchte.

Das ist aber nichts anderes, als ein gewöhnlicher Vertragsantrag, der lediglich eine falsche Bezeichnung trägt [21]). Der einzige Unterschied ist, daß auf Grund der bereits stattgefundenen Vorverhandlungen schon schuldrechtliche Beziehungen zwischen den Parteien be-

---

16) Siehe unter b), S. 60.

17) RG 57/409; HRR 1929/Nr. 27.

18) dann richtet sich die Gültigkeit des Geschäfts nach § 139 BGB.

19) Vgl. §§ 49,II; 50, III; 54,I, II; 55; 56; 58; 87 HGB.

20) SeuffArch 73/3.

21) Gegen die Bezeichnung „BestgSchrb." für diese Fälle wendet sich mit Recht (gegen Staub-Heinichen, Anhg. zu § 372 Anm. 38b) Dür.-Hach.-Werner, § 346, VI Anm. 13, S. 401.

stehen, was sonst grundsätzlich nicht der Fall ist [22]). Die Frage ist, ob deshalb das Schweigen auf einen solchen Antrag als Annahme anzusehen ist, denn auszugehen ist ja davon, daß regelmäßig Schweigen als Ablehnung gilt, und zwar selbst dann, wenn der Absender erklärt, er unterstelle die Annahme, falls der Empfänger nicht antworte [23]), und daß es nur ausnahmsweise als Genehmigung angesehen werden kann[24]).

Im Regelfall braucht der Empfänger daher nicht zu antworten. Ist ihm aber erkennbar, daß der Absender eine vollständige Zusammenfassung des abzuschließenden Vertragsinhaltes beabsichtigt hat, und daß er voraussetzt — was aber immer nur im Falle vorausgegangener Vorverhandlungen gerechtfertigt ist —, der Empfänger wolle durch das Stillschweigen sein Einverständnis ausdrücken, so muß der Empfänger widersprechen, wenn er nicht als zustimmend angesehen werden will[25]).

Läßt daher eine Partei der andern ein BestgSchrb. zugehen, dem lediglich Vorverhandlungen vorausgegangen sind, so ist das Schweigen auf ein solches — als Vertragsangebot aufzufassendes — Schreiben dann als Annahme des Antrags anzusehen, „wenn der Empfänger nach den im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen und nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte im Falle seines Nichteinverständnisses mit dem Inhalt zu dessen alsbaldiger Beantwortung verpflichtet war, sodaß aus dem Unterbleiben der letzteren sein Einverständnis zu entnehmen ist [26]).

b) Ein zweiter Fall ist der, daß der Absender eines BestgSchrb. i r r i g g l a u b t, es liege bereits ein abgeschlossener Vertrag vor [27]). Das kann dann vorkommen, wenn es bei telephonischen Verhandlungen z. B. infolge eines Mißverständnisses nicht zu einem Vertragsschluß gekommen ist, während eine Partei irrig glaubt, es sei der Vertrag zustandegekommen, und daß nun diese Partei, welche abgeschlossen zu haben meint, der anderen dies bestätigt.

In diesem Fall muß der Empfänger des BestgSchrb. widersprechen und das Mißverständnis aufklären, denn durch sein Schweigen würde

---

22) RG 95/96.

23) RG 106/333; Neufeld-Schwarz, § 346 Anm. 20.

24) Warneyer, 1917/168.

25) OLG 41/215.

26) RG: Warneyer 1911/422; ebenso RG: Warneyer 1919/Nr. 50; RG 88/380; Staub-Heinichen, a.a.O., Anm. 38; Lewin, Diss. S. 39 ff.

27) „Vermeintliche Abschlußbestätigung" (Siller).

er den Absender veranlassen, im Vertrauen auf die Gültigkeit des unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreibens zwecklos Kosten wegen der Vertragserfüllung zu machen[28]). Ein solches „BestgSchrb." bringt nämlich zum Ausdruck, daß der Absender dazu bereit war, einen Vertrag dieses Inhalts abzuschließen, und nicht nur, daß er bereit w a r, sondern es noch im Augenblick ist, d. h. es bringt seinen Willen zum Ausdruck, „den im Schreiben niedergelegten Vertragsinhalt schlechthin gelten zu lassen, auch für den Fall, daß der vorausgesetzte Vertragsabschluß nicht erfolgt war" [29]).

Das aber ist ein erneutes Angebot, und da die Annahme nicht ausdrücklich zu erfolgen braucht, kommt durch das Schweigen des Empfängers der Vertrag zustande. Denn erkennt der Empfänger, daß der Absender von einem fertigen Vertrage ausgeht, „so verlangen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte sowie die Anschauungen des Handelsverkehrs, daß der Empfänger widerspricht, wenn er nicht das BestgSchrb. als einen erneuten Vertragsantrag gelten lassen will, den er in allen Teilen durch sein Stillschweigen annimmt"[30]).

Aehnlich liegt der Fall, wenn der fingierte Auftrag eines Reisenden bestätigt wird, denn hier trifft den Empfänger eines vom gutgläubigen Geschäftsherrn abgesandten BestgSchrb. nach Treu und Glauben eine Aufklärungspflicht. Man hat dies zwar bestritten, da hier die Aufklärungspflicht des Empfängers versage [31]), m. E. ist dies aber nicht richtig. Vielmehr muß auch hier der Empfänger widersprechen, denn abzustellen ist allein auf den guten Glauben des Geschäftsherrn, nicht aber auf den des Reisenden[32]). Darum gilt dies nur dann nicht, wenn auch der Geschäftsherr bösgläubig ist, d. h. Kenntnis von dem

---

28) HansRZ 1919/353; Staudinger-Riezler, § 146, 3; vgl. LZ 1920/176.

29) Warneyer 1911/Nr. 422; JW 1911/976[7]; DJZ 1910/881 JW 1910/649[5]; Gruchot 54/897.

30) RG 129/348; 114/282; Warneyer 1925/Nr. 57; JW 1918/769[6]; Warneyer 1917/Nr. 168.

Das gilt sogar hinsichtlich von Aenderungen und Ergänzungen: Warneyer 1922/Nr. 92; Recht 1923/915. A.M. nur OLG Hamburg: SeuffArch 76/315. Vgl. S. 103.

31) So OLG 28/373; Recht 1910/Nr. 1661.

32) Ebenso Staudinger-Riezler, § 146,3. Anders jedoch Siller Anm. zu JW 1931/3082[6]).

Schwindel hat[33]). Sonst aber muß der Empfänger sich äußern; schweigt er, so wird er als zustimmend angesehen.

c) Der dritte Fall, in dem ein Vertragsantrag vorliegen kann, ist der, daß eine Partei in einem „BestgSchrb.", das Angebot der anderen unter Aenderungen annimmt, denn das gilt nach § 150 Abs. II BGB als neuer Antrag.

3.) Damit kommen wir zu den Fällen, in denen das BestgSchrb. rechtlich als Vertragsannahme zu werten ist, denn es kommt bisweilen vor, daß auch die schriftliche Annahme eines Vertragsangebotes als „BestgSchrb." bezeichnet wird[34]). Mit den echten BestgSchrb. hat es aber nichts zu tun, es folgt den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts (§§ 145 ff. BGB) [35]).

b) Bestätigungsschreiben „nach" Vertragsschluß.

Die Probleme des „Bestätigungsschreibens" haben sich jedoch an den Schreiben entwickelt, die nach vollzogenem Vertragsabschluß von einer Partei der anderen gesandt werden. Man hat dafür den Namen „Abschlußbestätigungsschreiben" geprägt[36]).

Innerhalb dieser Gruppe unterscheidet eine fast allgemein[37]) herrschende Lehre zwischen „deklaratorischen" und „konstitutiven" BestgSchrb.; d. h. „bestätigt" das Schreiben im wörtlichen Sinn, wiederholt es also nur das mündlich Vereinbarte, so soll es lediglich beweisbegründend (deklaratorisch) sein; hinsichtlich der darin aufgenommenen Abänderungen und Ergänzungen aber, sowie im Fall der noch nicht erreichten Uebereinstimmung soll das BestgSchrb. auch rechtserzeugende (konstitutive) Wirkung haben.

Auch hier ist in der Theorie bestritten, wann das eine und wann das andere vorliegt; insbesondere aber ist fraglich, wann ein BestgSchrb. vorliegt, das lediglich Beweiszwecken dient. Vielfach mag das der Fall sein, wenn es die Klausel „ordnungshalber" enthält[38]), jedoch

33) Das gleiche gilt übrigens, wenn der Absender des BestgSchrb. Kenntnis von der mangelnden Vertretungsmacht hat: RG 103/98.
34) z. B. RG 90/136.
35) RG 95/92.
36) Siller: JurRdsch. 1927/289.
37) Gegen eine Unterscheidung überhaupt wohl nur Friedenthal, S. 23.
38) SeuffArch 76/Nr. 5.

ist das keineswegs zwingend, da der Kaufmann sich gerade dieser Klausel sehr häufig und meist wahllos bedient.

Man hat nun gemeint, daß ein BestgSchrb. wenn es unmittelbar nach einem mündlichen Abschluß übersandt werde, in der Regel nur die Bedeutung einer Beweisurkunde für den Abschluß habe[39]). Dem entgegengesetzt aber ist eine Entscheidung, die genau dasselbe ausspricht gerade für ein BestgSchrb., durch das ein bereits längere Zeit vorher mündlich abgeschlossener Vertrag bestätigt wird[40]). Daraus ersieht man, daß die Zeitspanne, innerhalb deren das BestgSchrb. dem Vertrag nachfolgt, offenbar kein rechter Maßstab ist, und daß insbesondere aus der unmittelbaren Nachfolge des BestgSchrb. nichts für eine nur beweisregelnde Bedeutung zu folgern ist[41]).

1.) Die deklaratorischen Bestätigungsschreiben.

Sieht man zunächst von einem Unterscheidungsmerkmal ab, so ergibt sich folgendes:

Das BestgSchrb. als solches ist ein einseitiger Akt des Absenders[42]), soll es einen Beweis für den Abschluß erbringen, so bedarf es daher einer Vereinbarung darüber[43]). Daraus folgt übrigens, daß das BestgSchrb. dem Gegner mindestens zugehen muß[44]), um Wirkung hervorbringen zu können.

Diese Vereinbarung bedarf allerdings keiner ausdrücklichen Form, sie kann vielmehr auch durch Schweigen zustandekommen, d. h. durch Unterlassen eines Widerspruchs seitens des Empfängers. Damit wird das BestgSchrb. einer Urkunde gleich, die die beiderseitigen Vertragserklärungen enthält und zur Verbriefung der Vertragsrechte bestimmt ist[45]). Es braucht daher in einem Rechtsstreit nur das BestgSchr. vorgelegt zu werden, um den Beweis der darin enthaltenen Ab-

39) LZ 1917/853[4]; 1913/681[22]; ebenso Siller, a.a.O. S. 292.

40) SeuffArch 73/Nr. 93.

41) So auch Krause, S. 9; Friedenthal, S. 20.

42) RG 95/198.

43) „Beweisvertrag": Siller, S. 292.

44) RG 107/242; Hamburger, S. 47. Bei juristischen Personen genügt Zugang an einen vertretungsbefugten Geschäftsführer (SeuffArch 76/190), denn dann darf man sich darauf verlassen, daß die juristische Person es kennt: Recht 1927/Nr. 1172; JW 1928/1607[2]).

45) Vgl. Warneyer 1911/Nr. 166 = Holdh 11/100.

rede zu erbringen; es hat die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich[46]). Es wird vermutet, positiv, daß der Inhalt des BestgSchrb. den tatsächlichen Vereinbarungen entspricht, negativ, daß alles was nicht in ihm enthalten ist, fortgelassen wurde in der Absicht, es nicht aufrechtzuerhalten.

Diese Vermutung hat nichts mit der Auslegung des Schreibens zu tun. Diese muß vielmehr den Inhalt der Vereinbarung klar und zweifelsfrei ergeben, damit die Vermutung Platz greifen kann, denn steht der Inhalt nicht fest, so ist für die Vermutung kein Raum[47]). Abgesehen davon greift die Vermutung auch dort nicht ein, wo durch das BestgSchrb. erkennbar nur die wesentlichen Punkte geregelt werden sollten, was z. B. bei komplizierten Abkommen der Fall sein kann[48]), oder wenn zwischen den Parteien Einigkeit darüber besteht, daß die mündlichen Abreden noch neben dem BestgSchrb. gelten sollen[49]).

In allen anderen Fällen aber tritt die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit ein. Wesentlich ist jedoch, daß es sich lediglich um eine Beweis- d. h. tatsächliche Vermutung handelt. Das bedeutet, daß die materielle Wirksamkeit des mündlich geschlossenen Vertrages in keiner Weise berührt wird. Es ist daher der Gegenbeweis möglich, daß das BestgSchrb. die getroffenen Vereinbarungen und Verhandlungen nicht richtig wiedergebe, daß daneben vielmehr noch andere Vereinbarungen oder daß sie nur eingeschränkt hatten gelten sollen[50]).

Aeußerst bestritten ist jedoch, ob zur Widerlegung der Vermutung die Darlegung besonderer Umstände erforderlich ist, weshalb die Aufnahme der mündlichen Abreden in das BestgSchrb. unterblieben sei.

Das Reichsgericht ist darin sehr weit gegangen und hat wiederholt ausgesprochen, daß zur Entkräftung der Vermutung grundsätzlich

---

46) RG 52/23; 65/49; 68/15; 85/326. Recht 1910/Nr. 6; 1918/Nr. 661. JW 1910/Nr. 800[5]; 1911/87[4]. LZ 1917/853[4]; HansGZ 1921/282; SeuffArch 73/Nr. 93 u. Nr. 152; SächsArch 11/455. Staudinger-Riezler, § 146,3 u. § 125, I, 5b; Planck, § 125, 4aβ; RGRKomm § 125,6; Warneyer, § 125, III; Staub-Heinichen, § 350 Anm. 71.

47) RG 59/219; 62/51; 88/372; 97/194; LZ 1910/848[5]; 1912/68[13]; Recht 1918/661. Staub-Heinichen, § 350 Anm. 79.

48) Recht 1910/Nr. 6.

49) Recht 1917/Nr. 344; LZ 1922/229[4].

50) Recht 1918/661; LZ 1917/853[4].

bereits die Feststellung genüge, daß die Parteien die Fortgeltung des mündlich Vereinbarten zur Zeit des Schreibens noch wollten. „Schon die Sachlage, möglicherweise die Erheblichkeit einer Abrede" könne diese Annahme rechtfertigen[51]). Besondere Umstände, die es erklärlich machen, daß die Parteien trotz schriftlicher Formulierung bei den mündlichen Vereinbarungen bleiben wollen, brauchen daher nicht angegeben zu werden[52]), eine entsprechende Abrede entkräftet die Vermutung ohne weiteres[53]).

Das aber geht m.E. zu weit, denn wenn keinerlei Garantien aufgestellt werden, und die Vermutung ohne weiteres umgestoßen werden kann, ist die ganze Vermutung wertlos, denn einen Schutz gewährt sie doch nicht. Es geht nicht an, die Beweiskraft so zu durchlöchern, daß zur Entkräftung der Vermutung schon die bloße Behauptung ausreicht, man habe an der mündlichen Abrede festhalten wollen[54]), zumindest geht die Aufstellung eines allgemeinen Satzes zu weit. Ist die Abweichung nur unwesentlich, so mag von der Darlegung besonderer Umstände abgesehen werden. Grundsätzlich aber wird man m.E. strengere Anforderungen stellen müssen, insbesondere, wenn die mündlichen Abreden im Widerspruch zum Bestätigungsschreiben stehen[55]), denn es entspricht dem allgemeinen Interesse an der Beweiskraft des Schreibens eher, wenn man annimmt, daß die Vermutung nicht ohne weiteres zerstörbar ist[56]).

---

51) SeuffArch 73/Nr. 152; noch weitergehend JW 1910/800[5].

52) RG 52/26; 65/49; 68/15; 103/157; LZ 1918/830[2]; JW 1912/237[5]; 1913/197[8].

53) LZ 1922/229[4].

Es brauchen nur „Umstände nachgewiesen zu werden, die erkennbar auf die Geltung der mündlichen Abreden neben dem BestgSchrb. schließen lassen": RG 52/26; ebenso LZ 1917/853[4].

54) was z. B. RG 103/157 genügen läßt.

55) Aehnlich JurRdschRspr. 1927/Nr. 1898.

56) Ebenso RGRKomm § 125,6; Planck, § 125 4aβ; Warneyer, § 125, III (der im übrigen die Rechtsprechung falsch interpretiert). Früher zustimmend auch Staub, § 350 Anm. 73, der sich jedoch später zur Ansicht des RG bekannt hat. A. M. auch Lewin, Diss. S. 10. Wie hier noch Warneyer, 1911/Nr. 166; Recht 1918/661.

Hinzuweisen ist darauf, daß diese Grundsätze ursprünglich nicht am BestgSchrb. entwickelt worden sind, sie sind jedoch ständig auf dieses angewandt worden.

2.) Die konstitutiven Bestätigungsschreiben.

Es ist nun auf die Frage zurückzukommen, wann eigentlich ein deklaratorisches, und wann ein konstitutives BestgSchrb. vorliegt.

Das ist m. E. nicht von Aeußerlichkeiten abhängig zu machen, wie es etwa das oben schon erwähnte Kriterium der Unmittelbarkeit nach Vertragsschluß darstellt, sondern abzustellen ist allein auf den Willen des Absenders des BestgSchrb. Es leuchtet schließlich ein, daß die Vermutung — insbesondere wenn man dem RG folgt — nur einen begrenzten Wert hat. Dem Kaufmann aber liegt daran, ein für allemal die mündlichen Vereinbarungen auszuschließen; dafür sendet er gerade das Bestätigungsschreiben. Er will, daß es als alleinige Grundlage für alle gegenseitigen Beziehungen gilt, keine Partei soll sich darauf berufen dürfen, es sei etwas anderes vereinbart worden, oder etwa, es sei ein Vertrag überhaupt nicht zustandegekommen.

Damit aber wirkt das BestgSchrb. auch auf die materielle Rechtslage ein. Es hat daher unter der Voraussetzung, daß dem Empfänger erkennbar war, daß der Absender den Zweck verfolgt hat, das BestSchrb. zur alleinigen Vertragsgrundlage zu machen, rechtserzeugende Kraft.

Auch hier war grundlegend das Urteil des Reichsgerichts: RG 54/176 ff. (179). Es führt dort aus: „Dem Schreiber ist insofern ‚konstitutive' Bedeutung beizulegen, als der Absender es in der unverkennbaren Absicht verfaßt und dem Empfänger übermittelt hat, diesen wissen zu lassen, wie er den Inhalt des mündlich abgeschlossenen Vertrages auffasse und hierdurch den Empfänger zu einer Prüfung zu veranlassen, ob diese Auffassung mit der seinigen in Einklang stehe". Der Absender hat also bezweckt, „den gesamten Inhalt des mündlich bereits geschlossenen Vertrages in der Weise endgültig näher festzustellen, daß ausschließlich der Inhalt des Schreibens für den Umfang der beiderseitigen Rechte und Pflichten maßgebend sein soll", und nicht, sich lediglich ein Beweismittel zu verschaffen.

Man hat nun geglaubt, zu den konstitutiven BestgSchrb. nur solche rechnen zu dürfen, durch die entweder überhaupt erst ein Abschluß zustandekomme, oder durch die offengelassene Nebenpunkte geregelt würden, daß aber alle die BestgSchrb., die im Wortlaut genau einem abgeschlossenen Vertrage folgten, notwendig nicht konstitutiv

sein könnten, weil nicht Rechte „erzeugt" werden könnten, die schon da sind[57]).

Hierbei wird aber von einer falschen Voraussetzung ausgegangen. Wir haben oben gesehen, daß das Vorliegen eines konstitutiven oder deklaratorischen BestgSchrb. bedingt ist durch den Willen des Absenders. In den Fällen, in denen ein Vertragsschluß vorhergegangen ist, braucht das BestgSchrb. aber keineswegs eine bloße Wiederholung der früheren Erklärung zu Zwecken der Beweislastregelung zu sein, sondern auch hier kann der Absender des BestgSchrb. genau wie in den anderen Fällen die endgültige Feststellung des Vertragsinhalts bezwecken. Auch hier ist also das BestgSchrb. auf einen selbständigen Erfolg gerichtet, es hat den Zweck, die aus den früheren Erklärungen etwa herzuleitenden Einwendungen abzuschneiden.

Aus diesem Grunde ist auch ein Gegenbeweis nicht möglich[58]); keine Partei kann sich auf die vorhergehenden Verhandlungen mehr berufen, selbst ein Irrtum dabei ist nicht mehr geltend zu machen[59]). Daraus ist aber auch ersichtlich, daß die konstitutiven BestgSchrb. die Regel bilden, denn eine Beschränkung auf bloße Beweisregelung wird äußerst selten in der Absicht des Absenders liegen. Immerhin aber sind solche Fälle denkbar[60]), und daher ist es nicht gerechtfertigt, eine Unterscheidung, wie Friedenthal[61]), völlig zu verwerfen. Wer allerdings den konstitutiven Charakter des BestgSchrb. bestreitet, muß den Nachweis erbringen, daß der Absender im konkreten Fall wirklich nur den Vertrag „bestätigen" wollte[62]).

Was die Rechtsnatur des konstitutiven BestgSchrb. betrifft, so hat man es zum Schuldanerkenntnis in Beziehung zu setzen versucht, jedoch zu Unrecht[63]); denn ein e i n s e i t i g e s Schuldanerkenntnis bildet keinen selbständigen Verpflichtungsgrund, es ist nur Beweis-

---

57) So z. B. Staub-Heinichen, Anhg. zu § 372 Anm. 38.

58) nicht unbestritten; wie hier: Siller, JurRdsch 27/290; Becker, RdschfGmbh 1928/238; Staub-Heinichen, Anhg. zu § 372 Anm. 38; LZ 1923/344; Recht 1921/1119; HansRZ 1919/195.

59) RG 129/347. Unrichtig Leo: Anm. zu JW 1931/3602[2], der aus dem Urteil eine falsche Konsequenz zieht.

60) z. B. LZ 1917/853[4]; SeuffArch 73/Nr. 93, Nr. 152; JW 1926/2532[7]; HansRGZ 1929/B 314.

61) a.a.O. S. 23.

62) Titze, Mißverständnis, S. 133 Anm. 46; Siller, JurRdsch 1927/292.

63) Vgl. JW 1926/2532[7].

mittel; ein zweiseitiges — von der Gegenseite also angenommenes — Schuldanerkenntnis aber, das keine selbständige Verbindlichkeit begründet, ist nur „Bestätigung der bestehenden Schuld im Rahmen des alten Schuldgrundes"; es kommt also auch nur als Beweismittel in Frage[64]).

Das Ansinnen des Absenders an den Empfänger, sich mit dem abändernden, ergänzenden oder vertragsbegründenden Inhalt des BestgSchrb. einverstanden zu erklären, stellt sich vielmehr als eine Offerte und zwar als ein Abänderungsvorschlag dar[65]). Eine solche Vertragsabänderung ist jedoch keine Novation[66]), also Aufhebung des alten Schuldverhältnisses und Ersetzung durch ein neues, denn gerade das wollen die Parteien nicht, vielmehr soll das alte Schuldverhältnis erhalten bleiben, wenn auch geändert[67]). Es ist dies das Charakteristische am Abänderungsvertrage, der im übrigen in § 305 BGB durchaus anerkannt ist, denn im Gegensatz zur römischen novatio ist im heutigen Recht eine Aenderung des Schuldinhalts durch Vertrag zulässig, ohne daß das Schuldverhältnis seine Identität verliert[68]).

Wir haben bisher also festgestellt, daß das BestgSchrb., soweit es eine abschließende Feststellung des Vertragsinhalts bezweckt, eine Offerte des Absenders an den Empfänger darstellt, in einen Abänderungsvorschlag einzuwilligen. Diese Offerte braucht an sich nicht ausdrücklich angenommen zu werden, die Frage ist nur, unter welchen Umständen das Schweigen darauf, das sonst Abänderungsvorschlägen gegenüber doch als Ablehnung gilt, als Zustimmung angesehen werden kann.

Die Rechtsprechung hat das dahin beantwortet, daß diese besonderen Umstände dann gegeben seien, wenn ein BestgSchrb., das eine authentische Feststellung des Vertragsinhalts bezweckt, nach Abschluß eines mündlich, telephonisch, telegraphisch oder durch einen Ver-

---

64) JW 1926/2532[7].

65) Zustimmend: SeuffArch 73/Nr. 2; LZ 1917/794[15]; a.M. OLG 8/28 Bedenklich RG: HansRGZ 32/B 356.

66) So aber Makower, II S. 986, Lewin, Diss. 17, Friemel, Diss. S. 12.

67) allerdings spricht RG 129/347 von „neuerlichen Vertragserklärungen".

68) Enneccerus-Lehmann, § 42, I. Nach richtiger Ansicht gilt das auch hinsichtlich der Aenderung von Hauptpunkten; Warneyer 1919/Nr. 50; 1929/Nr. 34; Recht 1919/1643; LZ 1917/794; HansGZ 1920/172. A.M. OLG. 8/28.

treter abgeschlossenen Vertrages ergangen ist. In diesen Fällen bestehe eine Redepflicht auf Grund der bereits vorhandenen schuldrechtlichen Beziehungen. Nach den im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen und nach Treu und Glauben sei der Empfänger eines solchen BestgSchrb. verpflichtet, es dem Absender alsbald zu erkennen zu geben, falls er die dort vertretene Auffassung nicht teile. Andernfalls müsse er den Inhalt des BestgSchrb. gegen sich gelten lassen[69]).

---

69) So die gesamte Rechtsprechung in überzeugender Einheitlichkeit:

RG 54/179; 57/409; 58/66; 59/350; 88/380; 90/166; 95/48; 97/136; 97/195; 103/98; 103/405; 104/201; 105/389; 106/414; 114/282; 129/347; 133/338.

JW 1894/318[22]; 97/88[34]; 98/162[29]; 1903/102[18]; 10/649[5]; 11/976[7]; 1918/769; 19/109[13]; 21/1465; 1922/1675; 24/405; 25/779[33]; 1926/2434[7]; 28/1607[2]; 30/3757[22]; 1931/524[6].

Recht 1904/1462; 05/1066; 06/841; 10/390, 2780; 16/1065, 1846; 19/478, 19/639, 717, 1643; 20/2280; 22/449; 23/767, 915; 30/2016.

LZ 1909/140; 10/854; 11/295, 925; 17/794; 19/535; 20/755; 22/368; 23/344; 24/411; 29/189; 30/377, 518; 31/309.

Warneyer 1919/5,50; 20/5; 22/9, 92; 25/57; 27/47; 29/34; 32/32.

DJZ 1903/456; 04/603; 07/1384; 10/881.

SeuffArch 62/199; 70/143; 73/3; 174; 195; 83/3, 202.

Gruchot 53/709; 54/898; 71/253.

OLG 8/28; 19/58; 392; 24/175; 28/369, 373; 32/153; 40/263; 41/213; 42/228.

Vgl. auch das Gutachten der Berliner Industrie- und Handelskammer: Dove-M. III/Nr. 2446 S. 458.

§ 10.

Schlüssigkeit des Schweigens.

a) Die Frist für den Widerspruch; Beweislast.

Was die Frist betrifft, innerhalb der ein Widerspruch noch als rechtzeitig anzusehen ist, um die Zustimmungswirkung des Schweigens nicht eintreten zu lassen, so richtet auch sie sich nach der Lage des Einzelfalles. Grundsätzlich entscheidet der Zeitpunkt, in dem der Absender des BestgSchrb. die Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten durfte (§ 147 Abs. II BGB) [1]). Fast immer ist jedoch „umgehender“[2]), „unverzüglicher“, mindestens „verkehrsüblicher“[3]) Widerspruch erforderlich[4]). Stark eingeschränkt wird die Frist bei Großbetrieben, nämlich auf 1 bis 2 Tage[5]); das RG hat hier ausgesprochen, daß Geschäftsbriefe nicht eine Woche lang unbeachtet liegen bleiben dürfen; wenn der Kaufmann verreist ist, muß er für einen Vertreter sorgen, oder dafür, daß ihm die Post sofort nach Eingang nachgesandt wird. Ebenfalls sehr beengt wird die Frist bei Waren mit stark schwankenden Preisen[6]), sie wird sogar auf Stunden reduziert, wenn es sich um Börsengeschäfte handelt[7]).

Das bedingt u. a. auch eine beschränkte Auswahl der Transportmittel, denn bei wichtigen, großer Eile bedürftigen Geschäften muß von einem Kaufmann verlangt werden, daß er sich telephonischer oder telegraphischer Uebermittlung bedient[8]). Jedenfalls sind an die Schnelligkeit des Bestätigungsempfängers strenge Anforderungen zu stellen; es geht nicht an, daß er zunächst abwartet, wie die Lage sich entwickelt, um auf Kosten des Gegners zu spekulieren. Widerspricht jedoch der Empfänger des BestgSchrb., so sind daran nicht so hohe Anforderungen zu stellen[9]); insbesondere ist der Empfänger nicht

---

1) Gruchot, 55/892; JW 1911/224; 18/768; 26/2434; LZ 1908/383; 20/176.
2) JW 1926/2434.
3) Warneyer, 1911/166.
4) es sei denn, daß erst eine Untersuchung nötig ist, z. B. chemische Probe.
5) RG 105/389.
6) Warneyer, 1917/168; DJZ 1910/881.
7) RG 87/143; Gruchot 54/898.
8) Recht, 1915/2554; RG 87/143.
9) es genügt zur Ablehnung z. B. bloße Rücksendung des BestgSchrb. ohne Begleitschreiben: SeuffArch 62/200.

verpflichtet, wenn er seinen ablehnenden Standpunkt schon früher klar genug ausgesprochen hat, dies noch einmal zu tun[10]), denn wenn er seine Ablehnung bereits unmißverständlich zu erkennen gegeben hat, so ist anzunehmen, daß er darauf beharren will, bis er irgendwie dokumentiert, daß er jetzt seine Ablehnung aufgeben und sich der Meinung des Gegners anschließen wolle. Sonst müßte ja, wenn der Bestätigende hartnäckig immer wieder Bestätigungsschreiben schickt, der andere jedesmal wieder antworten[11]).

Die Frage, wer die Beweislast hat bezüglich der Tatsache, ob der Empfänger widersprochen hat, ist stark umstritten. Manche meinen[12]), es müsse der A b s e n d e r des BestgSchrb. beweisen, daß der Empfänger geschrieben habe, denn das Schweigen gelte als Zustimmung zum Abänderungsvertrag; wolle sich der Absender aber auf diesen berufen, so müsse er auch sein Zustandekommen beweisen. Dieser Ansicht aber ist zumindest für das Gebiet des BestgSchrb. nicht zu folgen. Muß der Empfänger widersprechen, so trifft ihn auch die Beweislast dafür[13]). Treffend führt das Reichsgericht[14]) zu dieser Frage aus: „Der Absender kann sich zum Beweis . . . auf die bloße Tatsache berufen, daß das Schreiben dem Gegner zugegangen ist und abwarten, daß der andere Teil darlegt, wie er sich gegenüber dem Schreiben verhalten habe, um sein Einverständnis auszuschließen".

Nicht also hat der Absender das widerspruchslose Verhalten des Empfängers darzutun, sondern der E m p f ä n g e r hat seinerseits zu beweisen, daß er rechtzeitig widersprochen habe, um die nach kaufmännischer Auffassung eintretende Wirkung seines vermuteten Einverständnisses abzuwenden[15]).

b) Deutlichkeit des Bestätigungsschreibens.

Im folgenden sollen nun die Erfordernisse zusammengestellt werden, die das BestgSchrb. voraussetzt, um die Zustimmungswirkung

---

10) a.M. offenbar Gutachten, Dove-M. III Nr. 2446 S. 458; viel zu weitgehend!

11) Recht 1906/Nr. 1693; 13/2695; HansRZ 1919/353.

12) Leonhard, Beweislast, S. 285 zu § 151;; Rosenberg, Beweislast, S. 287; SeuffArch 75/181; 62/200; Walsmann, Anm. zu JW 1926/2434.

13) Siller, a.a.O. S. 298.

14) RG 114/282.

15) RG a.a.O.; zustimmend Staub-Heinichen, Anhg. zu § 372 Anm. 40; Dür.-Hach.-Werner, § 346 S. 400; JW 1926/2434. Vgl. Gruchot 55/86 = JW 1910/937.

des Schweigens eintreten zu lassen, denn rechtsgeschäftliche Bedeutung hat das Schweigen nur, wenn es s c h l ü s s i g ist, d. h. wenn es „nach Sachlage die Schlußfolgerung rechtfertigt, daß es als Billigung der Erklärung gedacht werden kann“[16]).

Das wesentlichste Erfordernis ist zweifellos die D e u t l i c h k e i t[17]). Es muß das BestgSchrb. vollständig, lückenlos und dem Gegner erkennbar als für das Vertragsverhältnis maßgebend gedacht sein[18]). Daher kann nur gelten, was der Empfänger aus dem Bestätigungsschreiben als gewollt hat entnehmen können, wobei allerdings nicht unbedingt auf den Empfänger im konkreten Fall abzustellen ist, sondern entscheidend ist, ob ein „ordentlicher Kaufmann“ den Inhalt des Schreibens richtig erkannt hätte[19]).

Ist das BestgSchrb. zweideutig, so braucht der Empfänger dann nicht zu widersprechen, wenn auch die den mündlichen Verhandlungen entsprechende Auslegung möglich ist[20]). Der Handel erfordert klare und unzweideutige Erklärungen. Dagegen verstößt es, wenn ein BestgSchrb. z. B. keine Unterschrift trägt[21]). Andere[22]) meinen zwar, der Empfänger müsse auch hier antworten, da die Unterschrift auch nur versehentlich unterblieben sein könne. Dem ist aber zu erwidern, daß genau so gut das BestgSchrb. ohe Willen des Absenders herausgegangen sein kann. Es ist also nicht eindeutig; der Empfänger braucht m.E. nicht zu widersprechen.

c) Redlichkeit des Bestätigenden.

Weiter darf das BestgSchrb. nicht etwas enthalten, was in dieser Art überhaupt nicht Gegenstand der Verhandlungen war, und die Aenderungen des mündlich Besprochenen dürfen nicht so weitgehend sein, daß der Absender selbst nicht mehr ernstlich mit der Möglichkeit rechnen kann, daß der Gegner damit einverstanden ist[23]). Das

16) Staub-Heinichen, Anhg. zu § 372 Anm. 38; vgl. RG 97/195.

17) RG 58/66; 97/195; 129/347; JW 1925/779[33]; Recht 1920/463, 2279; Gruchot, 53/709; SeuffArch 70/143; 76/5; 83/202; LZ 1929/189; 30/518; OLG 28/368. Erkennbare Schreibfehler sind unschädlich: OLG 32/153.

18) RG 54/181; SeuffArch 76/5.

19) OLG 32/153; Recht 1923/915.

20) Makower, § 346, III 4δ.

21) Becker, RdschfGmbH 1928/239.

22) So z. B. Staub-Heinichen, a.a.O.

23) RG 95/48; Warneyer 1922/92.

BestgSchrb. muß notwendig die wahre Auffassung des Absenders wiedergeben, der Absender muß r e d l i c h sein[24]), denn die Zustimmungswirkung des Schweigens beruht auf Treu und Glauben. Dagegen aber verstößt es, wenn der Absender selbst gegen Treu und Glauben handelt, indem er etwa bewußt dem BestgSchr. einen unrichtigen Inhalt gibt[25]). Befindet sich daher der Absender nicht in gutem Glauben über den Inhalt des BestgSchrb., so kann er sich auf die widerspruchslose Annahme nicht berufen[26]). In diesem Fall ermangelt es dem Schweigen an der Schlüssigkeit[27]).

Darum braucht der Empfänger nicht zu widersprechen, wenn es sich um ein BestgSchrb. mit erfundenem Inhalt handelt[28]), oder wenn eine Aenderung arglistig eingefügt worden ist, um den Empfänger zu „überrumpeln"[29]), oder bei Bestimmungen, die eine für den Empfänger unklare und versteckte — meist nachteilige — Bedeutung haben[30]).

Wie die Sachlage ist, wenn es sich einmal um eine für den A b s e n d e r ungünstige Bestimmung handelt, ist bestritten. Staub[31]) hält es für angebracht, dem Empfänger für diesen Fall eine erhöhte Aufklärungspflicht aufzubürden. M.E. ist das aber nicht gerechtfertigt, denn ob die Abänderungen zugunsten oder zuungunsten des Absenders lauten, bleibt für die rechtliche Behandlung gleich[32]).

Sehr wesentlich ist die mangelnde Schlüssigkeit für die Frage der Anfechtung, denn wenn die Schlüssigkeit fehlt, tritt auch die Zustimmungswirkung des Schweigens nicht ein; es bedarf also der Anfechtung gar nicht erst. Ist z. B. eine Klausel zweideutig, hat ihr der Empfänger aber einen bestimmten Sinn beigelegt, so braucht er trotzdem nicht erst wegen Irrtums anzufechten, denn da das Erfor-

---

24) RG 129/347; LZ 1929/189.
25) LZ 1923/344; RG 129/347.
26) RG 129/349.
27) LZ 1928/334[5]; SeuffArch 70/143; OLG 41/213.
28) RG 54/181; 95/48; 129/349; OLG 28/373, LZ 23/344; LZ 27/997.
29) RG 114/282; 103/98; JW 1926/2434; Warneyer, 1922/92.
30) JW 1918/769; Warneyer 1921/138; SächsArchRpfl 1920/114. Allerdings trifft die Beweislast dafür den Empfänger: LZ 1923/344.
31) Staub-Heinichen, Anh. zu § 372 Anm. 38b.
32) Ebenso Winkelmann, Diss. S. 32, Friedenthal, S. 35; vgl. Recht 1916/Nr. 1680.

dernis der Deutlichkeit nicht erfüllt ist, ist das Schweigen nicht schlüssig, d. h. die Zustimmungswirkung tritt nicht ein[33]).

Aus demselben Gesichtspunkt entfällt auch die Notwendigkeit der Täuschungsanfechtung aus § 123 BGB, denn da es nötig ist, daß das BestgSchrb. die wahre Auffassung des Absenders enthält, entfällt die Schlüssigkeit, sobald dies nicht der Fall ist. Die Anfechtung aus § 123 ist also überflüssig.

d) Geschäftsbedingungen und Aufdrucke.

Was die Geschäftsbedingungen betrifft, so war schon bemerkt worden, daß ihre Zusendung u. U. für spätere Abschlüsse wesentlich werden kann[34]).

Hier interessiert nur der Fall, daß die Geschäftsbedingungen zusammen mit einem BestgSchrb. geschickt werden. Soll ihr Inhalt verbindlich werden, so ist notwendig, daß auf sie hingewiesen wird[35]). Bestritten ist die Frage, was gilt, wenn im BestgSchrb. auf „beiliegende Geschäftsbedingungen" Bezug genommen wird, diese aber aus irgendeinem Grunde nicht beiliegen. Gilt Schweigen dann auch als Zustimmung zu den unbekannt gebliebenen Geschäftsbedingungen?

Manche verneinen das[36]), m.E. aber muß man die Zustimmungswirkung des Schweigens auch auf die unbekannten Geschäftsbedingungen ausdehnen und den Empfänger so ansehen, als ob er die Bedingungen ungesehen zum Vertragsinhalt erheben wolle. Denn würde er Wert auf ihre Kenntnis legen, so könnte er widersprechen und die fehlende Beilage anfordern[37]). Anders nur, wenn der Absender die Geschäftsbedingungen nicht aus Versehen, sondern arglistig nicht beigelegt hat, denn dann ist das Schweigen wieder nicht schlüssig. Das gleiche gilt, wenn es sich um ungewöhnliche Bedingungen handelt[38]), was jedoch seine Einschränkung findet, wenn der

33) RG 97/197.

34) Vgl. S. 51.

35) Becker, RuH, 1927/350; Recht 1919/479; JW 1925/779.

36) OLG 24/176; vgl. Gruchot 66/457.

37) OLG 41/216; 40/263; 24/177; Recht 1922/Nr. 449; SeuffArch 76/191; JW 1922/1675[3]; 26/1676; Hamburger, Treu und Glauben, S. 54; Becker, RuH, 1927/11.

38) OLG 40/263; 24/177.

Empfänger aus derselben Branche ist, die Bedingungen also kennen muß [39]).

Die Frage ist nun, was hinsichtlich der oft in BestgSchrb. enthaltenen Randvermerke und Aufdrucke zu gelten hat. Da die Zustimmung, die im Schweigen liegt, sich auf das ganze BestgSchrb. erstreckt, müßten diese an sich mit als genehmigt gelten. Die Frage ist aber, ob der Empfänger überhaupt verpflichtet ist, sie zu beachten[40]). Das ist für Fakturen z. B. ständig verneint worden[41]). Für das BestgSchrb. sind eine Reihe von Entscheidungen ergangen, die jedoch fast alle nach Lage des Einzelfalles entscheiden. Soviel aber läßt sich sagen, daß grundsätzlich den Kaufmann eine Pflicht, alle Vor- und Randbemerkungen zu lesen, nicht trifft. Insbesondere gilt dies hinsichtlich der seitlichen und formularmäßigen Aufdrucke.

Hier kehrt die Frage des vorgedruckten, vom gesetzlichen abweichenden Erfüllungsorts in der Rechtsprechung ständig wieder. Ist in den mündlichen Verhandlungen über den Erfüllungsort nichts vereinbart worden, so muß, wenn die Abrede durch das BestgSchrb. getroffen werden soll, ausdrücklich auf ihn hingewiesen werden, um eine Verbindlichkeit zu begründen. Im Einzelfall kann einmal, wenn der Aufdruck auch ohne Hinweis sehr augenfällig ist[42]), eine Widerspruchspflicht des Empfängers verlangt werden; grundsätzlich aber hat das RG wiederholt ausgesprochen, daß bei Vordrucken — insbesondere den Erfüllungsort betreffend — das Schweigen dann nicht schlüssig ist, wenn es sich um formularmäßig vorgedruckte Vermerke handelt, die undeutlich, leicht zu übersehen, zu klein gedruckt sind, oder an versteckter Stelle stehen[43]).

Grundsätzlich wird man daher verlangen müssen, daß auf Klauseln, insbesondere auf Bedingungen, die auf der Rückseite abgedruckt sind, im Text auf der Vorderseite hingewiesen wird[44]).

39) OLG 19/393.

40) Niemeyer: LZ 1916/300 ff.

41) Vgl. oben S. 50; RG 57/409.

42) HansGZ 1908/68; SächsArchRpfl 06/232.

43) HansGZ 1908/68; OLG 19/393; 33/23; Warneyer, 1919/26; SächsArchRpfl 1920/114; bedenklich OLG Karlsruhe: LZ $1908/630^{8}$.

44) JW $1921/1465^{8}$, für diese Frage richtig; im übrigen sehr bedenklich, dagegen mit Recht Plum in der Anm.; JW $1925/779^{33}$; Recht 19/479; Die Klausel „freibleibend" in Preislisten und Angeboten hat im Zweifel die Bedeutung, daß der Verkäufer an die Preise, zu denen er anbietet, nicht fest gebunden sein will, sondern sich vorbehält, ob er eine Bestellung zu diesem Preise annehmen

Wichtige Bestimmungen dürfen grundsätzlich nicht in Formularvermerke gekleidet sein. Handelt es sich um Klauseln, die außergewöhnlich sind[45]), oder die im Widerspruch zum Inhalt des Schreibens stehen, weil sie für den konkreten Fall nicht gedacht sind[46]), so braucht der Empfänger nicht zu widersprechen, auch hier fehlt seinem Schweigen die Schlüssigkeit.

---

will oder nicht. Hat er die Bestellung aber erst angenommen, so hat die Klausel keine Bedeutung mehr. Ist die Klausel im BestgSchrb. nicht enthalten, so kann auf sie nicht mehr zurückgegriffen werden: RG 101/75.

45) Warneyer, 1922/93.

46) SeuffArch 70/143; Gruchot 62/372; z. B. wegen kurzer Rügefrist für Mängel, die erst nach Monaten entdeckbar sind: Recht 1918/478.

§ 11.

Besondere Fälle.

Zu untersuchen bleiben nun noch die Fälle, in denen nicht e i n BestgSchrb. vorliegt, sondern, was vorkommen kann, da beide Parteien gleicherweise interessiert sind, ein Austausch in irgendeiner Form stattfindet.

a) Die Bitte um Gegenbestätigung.

Dahin gehört zunächst die Bitte des Absenders eines BestSchrb. um Gegenbestätigung. Haben beide Parteien eine solche vereinbart, so haben sie den Vertragsschluß offenbar von gleichlautenden BestgSchrb. abhängig gemacht, d. h. der Vertrag gilt als solange nicht geschlossen (§ 154 Abs. II BGB)[1]; ein allgemeiner Brauch, mündlich oder telephonisch abgeschlossene Geschäfte zu bestätigen, besteht aber nicht[2], allerdings ist zu beachten, daß in bestimmten Branchen der Austausch beiderseitiger Bestätigungen anerkannter Handelsgebrauch sein kann. Das sind Einzelfälle, die es aber doch gibt, wie z. B. bei Theater- und Schiffbauverträgen[3].

Meist aber liegt es nur so, daß e i n e Partei von der anderen Gegenbestätigung erbittet. Damit will sie offenbar zu erkennen geben, daß sie hier bloßes Schweigen nicht als genügende Zustimmungserklärung ansehen wolle. Das wird in vielen Fällen des Ersuchens um „konforme Bestätigung" so sein. In diesen Fällen genügt das Schweigen nicht[4], die Gegenbestätigung ist vielmehr Bedingung für das Zustandekommen des Vertrages. Das gilt hauptsächlich für die Fälle, in denen durch das BestgSchrb. ein Vertrag erst zustandekommen soll. Ist eine mündliche Vereinbarung aber schon vorhergegangen, so kann das Ersuchen um Gegenbestätigung auch nur das Verlangen dokumentieren, „Gewißheit und einen urkundlichen Beweis vollendeten Abschlusses in die Hände zu bekommen", d. h. der Ab-

1) RG 103/98; vgl. Dove-M. III Nr. 2446.
2) Vgl. oben S. 54; a. M. offenbar Goldschmit, § 346 Anm. 20.
3) OLG 8/428; Becker, Rdschf.GmbH 1928/238.
4) RG 103/98; OLG 24/175.

sender will lediglich eine Beweisurkunde haben[5]). In solchem Fall ist klar, daß das Unterbleiben der erbetenen Gegenbestätigung nichts an der materiellen Rechtslage ändert, das Schweigen wirkt in keiner Weise auf die Abmachung ein, es gilt als Einverständnis wie sonst[6]). Nur in diesem Rahmen aber ist auch einem Gutachten der Berliner Industrie- und Handelskammer [7]) zuzustimmen, das — in der dort ausgesprochenen Allgemeinheit viel zu weitgehend — den Umstand, „daß in einem BestgSchrb. um Gegenbestätigung gebeten wird, eine solche aber nicht erfolgt ist, nach kaufmännischer Auffassung für unerheblich" erklärt.

M.E. wird man auch hier allgemeingültige Regeln nicht aufstellen können, es kommt wie überall beim BestgSchrb. auf die Umstände des Einzelfalles an. Es ist nur möglich, einige Gesichtspunkte anzugeben, die sich in der Rechtsprechung finden.

So wird insbesondere, trotz der Bitte um Gegenbestätigung, Schweigen regelmäßig als Genehmigung angesehen, wenn die Klausel „der Ordnung halber" im BestgSchrb. auftritt, da hier die Gegenbestätigung offenbar nur Beweiszwecken dienen soll [8]), und ferner dann, wenn der Empfänger, ohne zu antworten, sein Einverständnis durch sonstiges Vertragsverhalten zu erkennen gibt, insbesondere sich auf den Vertragsvollzug einläßt [9]). In diesen Fällen hilft es ihm auch nicht, wenn er etwa dabei den inneren Vorbehalt hat, der Vertrag sei noch nicht geschlossen, da er nicht gegenbestätigt habe [10]). Andererseits kann aber auch der Absender, wenn der Vertrag ihm später leid wird, sich dann nicht auf das Fehlen der Gegenbestätigung berufen [11]).

Zusammenfassend ist also zu sagen: Die völlige Bedeutungslosigkeit der Bitte um Gegenbestätigung ist entgegen dem Gutachten der I. und H.-Kammer, dem die Gerichte in dieser Allgemeinheit auch nie gefolgt sind, nicht anzuerkennen. Es hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalles und von dem Willen des Absenders ab — ob er nämlich die Gegenbestätigung zum Bestandteil seines Vertragsangebotes

5) RG 104/201; 106/416; 88/377; Recht 1923/914; SeuffArch 73/195; 62/199.
6) RG 88/377; LZ 1924/411; SeuffArch 54/38; Recht 23/914; Hamburger, a.a.O. S. 55.
7) Dove-M. III. Nr. 2446, S. 458.
8) RG 106/414; SeuffArch 62/199.
9) RG 88/377.
10) SeuffArch 62/199.
11) RG 104/202.

machen, oder sie lediglich als urkundlichen Beweis haben will —, welche Wirkung das Unterlassen der Gegenbestätigung hat.

Möglich ist auch, daß der Empfänger nicht ein eigenes Bestätigungsschreiben verfaßt, sondern das gegnerische BestgSchrb. ändert und so zurückschickt. Dieser Vorgang hat nichts mit den Regeln über BestgSchrb. zu tun; er untersteht den allgemeinen Vorschriften (§ 150 Abs. II BGB). Das abgeändert zurückgesandte gilt als neues BestgSchrb., das alte gilt als abgelehnt. Jedoch kann Schweigen des Absenders u. U. als Zustimmung zu dem neuen BestgSchrb. aufgefaßt werden [12]).

b) Sich kreuzende Bestätigungsschreiben.

Es kann nun der Fall eintreten, daß beide Parteien unabhängig voneinander BestgSchrb. absenden, die unterwegs aneinander vorbeireisen, die „sich kreuzen."

Haben die sich kreuzenden BestgSchrb. gleichen Inhalt, so ist man sich in der Praxis einig, daß ein Vertrag zustandegekommen ist. In der Theorie aber ist es äußerst bestritten, ob Kreuzofferten einen Vertrag an sich schon zustande bringen können.

So sind z. B. Staudinger [13]), Planck [14]) und Enneccerus [15]) der Ansicht, daß bei Kreuzung gleicher Anträge eine besondere Annahme nicht erforderlich sei. Andere wieder, insbesondere Oertmann [16]), lassen die Kreuzofferte zum Vertragsschluß nicht genügen; sie fordern zum mindesten begrifflich eine Annahme auf Grund einer der Offerten.

Die Frage kann jedoch dahingestellt bleiben, denn folgt man auch der letzten Ansicht, so werden, wenn die Parteien gleichlautende Schreiben gesandt haben, wahrscheinlich nun beide schweigen. In diesem Schweigen aber ist begrifflich dann die stillschweigende Annahme der gegnerischen Offerte zu finden. Praktisch bietet diese Alternative daher keine Schwierigkeit.

---

12) Gruchot 55/890; Recht 1923/915; vgl. auch Staub-Heinichen, Anhg. zu § 361 Anm. 21.

13) Staudinger-Riezler, Vorbem. vor § 145, 1.

14) Planck, Vorbem. vor § 145, 1.

15) Enneccerus-Nipperdey, § 152.

16) Oertmann, Vorbem. vor § 145, 2b.

Wichtig ist allein der Fall, daß die BestgSchrb. nicht gleichen Inhalts sind, also von einander abweichen. Die Frage ist, welche Bedeutung in solchem Fall dem Schweigen der Parteien zukommt. Gestützt auf RG 88/380 vertreten Staub [17]) und andere [18]) die Ansicht, daß jeder Teil an die Bestätigung des anderen gebunden sei.

Abgesehen davon, daß die angezogene Entscheidung einen besonders gelagerten Einzelfall betrifft, ist dieser Ansicht unmöglich zu folgen. Das Ergebnis wäre, daß jede Partei als der anderen zustimmend behandelt werden müßte, und da die beiden BestgSchrb. voneinander abweichen, würde für jede Partei ein anderer Vertragsinhalt gelten — ein unannehmbares Ergebnis [19]). In einem solchen Fall ist vielmehr anzunehmen, daß ein Vertrag nicht zustandekommt, da ein einheitlicher Vertragsinhalt fehlt [20]). Lassen sich die beiden BestgSchrb. inhaltlich vereinen, stehen sie also nicht in direktem Widerspruch zueinander, so ist ein entsprechender Vertragsinhalt festzustellen; reicht das eine über das andere hinaus, so gilt bei beiderseitigem Schweigen das weiterreichende [21]). Schweigt nur eine Partei und widerspricht die andere, so wird das BestgSchrb. der widersprechenden Partei maßgebend [22]), die schweigende ist so anzusehen, als wolle sie ihren abweichenden Standpunkt aufgeben und der Auffassung des Gegners beitreten.

17) Staub-Heinichen, Anhg. zu § 372 Anm. 38e.
18) Goldschmit, § 346 Anm. 20; Becker, RdschfGmbH 1928/238.
19) Zustimmend Stern: DJZ 23/165; Friedenthal, S. 27.
20) Ebenso Siller, a.a.O. S. 294.
21) Recht 1921/1440; HansRZ 1920/556.
22) JW 1919/109; Warneyer 1919/Nr. 5.

§ 12.

Minder- und Nichtkaufleute.

Da die Grundsätze, aus denen heraus sich das BestgSchrb. entwickelt hat, der Handelssitte entnommen sind, gelten sie entsprechend zunächst nur für Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuches. Die Frage ist jedoch, ob diese Grundsätze auch im Verkehr mit Nichtkaufleuten zur Anwendung gelangen.

Hierbei sind zwei Fälle zu unterscheiden: Sendet ein Nichtkaufmann einem Vollkaufmann ein BestgSchrb., und schweigt dieser darauf, so ist hier — ganz wie sonst — dem Schweigen die Bedeutung der Zustimmung beizulegen. Wenn demgegenüber eingewandt wird [1]), es stelle eine starke Benachteiligung des Kaufmanns dar, wenn e r den Handelsusancen, der Nichtkaufmann aber bloß der (milderen) Verkehrssitte unterworfen sei, so ist dem entgegenzuhalten, daß es noch viel unbilliger wäre, wenn der Kaufmann einwenden dürfte, es gälten für ihn, da er mit einem Nichtkaufmann kontrahiert habe, die sonst maßgeblichen Gewohnheiten nicht. Das widerspräche Treu und Glauben und daher ist m.E. dieser Fall genau so zu behandeln, als wenn auf beiden Seiten Kaufleute stünden.

Streiten könnte man nur über den Fall, wenn ein Kaufmann an einen Nichtkaufmann ein BestgSchrb. schickt und d i e s e r schweigt. Hier gehen in der Tat die Ansichten erheblich auseinander. Manche [2]) wollen ganz allgemein die Behandlung des Schweigens von Nichtkaufleuten auf ein BestgSchrb. nach den für Kaufleute anerkannten Grundsätzen durchführen, mit der Begründung, die Handelssitte zeige weitgehend die Tendenz, sich der Verkehrssitte anzugleichen. Ein Grundsatz in solcher Allgemeinheit aber kann keineswegs anerkannt werden.

Andere wieder halten sich an den Wortlaut des § 346 HGB; sie verneinen dementsprechend die Anwendbarkeit der Vorschriften über das BestgSchrb. für Nichtkaufleute schlechthin, denn da für diese § 346

---

1) Friemel, Diss. S. 37.

2) Insbesondere Staudinger-Riezler, § 146, 3 unter Berufung auf Recht 1920/1359; jedoch zu Unrecht, da dort bereits ein Vertragsverhältnis besteht. Vgl. auch Recht 1904/1130.

HGB nicht maßgebend sei, unterständen sie lediglich der allgemeinen Verkehrssitte des bürgerlichen Rechts (§§ 133, 157 BGB), die aber einen ähnlichen Satz nicht kenne [3]).

Geht man von § 346 HGB aus, der ja in der Tat für das Bestg. Schrb. und die für dieses entwickelten Grundsätze die sedes materiae bildet, so zeigt die ratio dieser Vorschrift, daß man annahm, der Nichtkaufmann sei über die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche nicht genügend unterrichtet, um die Handlungen oder Unterlassungen seines Kontrahenten — wenn dieser ein Kaufmann sei — richtig zu würdigen, und sein eigenes Verhalten unter diesem Gesichtspunkt in seiner ganzen Tragweite beurteilen zu können; er würde leicht von einem geschäftskundigen Kaufmann übervorteilt werden können [4]).

Das ist nun grundsätzlich zwar berechtigt, es kann aber im Einzelfall eintreten, daß die Berufung auf die Nichtkaufmanns-Eigenschaft gegen Treu und Glauben verstößt, wenn es sich nämlich um einen Nichtkaufmann handelt, der kaufmännisch „versiert" ist.

Wäre die Handelssitte zur Verkehrssitte geworden, so würde sie ohne weiteres jeden binden, und wie manche Einrichtung des bürgerlichen Rechts aus dem Handelsrecht übernommen ist, liegt eine starke Tendenz dazu zweifellos vor [5]). Im Ergebnis aber ist doch daran festzuhalten, daß wir es hier vorerst nur mit einer Handelssitte zu tun haben. Der Nichtkaufmann untersteht ihr daher grundsätzlich nicht.

Selbstverständlich ist es, daß sich der Nichtkaufmann den Handelsgebräuchen ausdrücklich unterwerfen kann [6]); nichts besonderes ist es auch, wenn das Schweigen eines Nichtkaufmanns dort als Zustimmung angesehen wird, wo eine längere Geschäftsverbindung besteht und üblicherweise BestgSchrb. gesandt werden.

Darüber hinaus aber hat sich die Anschauung herausgebildet, daß, obwohl der Nichtkaufmann grundsätzlich zum Reden nicht verpflichtet ist, in besonderen Ausnahmefällen doch Treu und Glauben auch

---

3) Dür.-Hach.-Werner, § 346 Anm. 12; OLG 19/58; 23/2, 172.

4) OLG 19/59; vgl. Brand, § 346, 5a.

5) Staudinger, § 146, 3; Dür.-Hach.-Werner, § 346 Anm. 12; Staub-Bondi, Allg. Einltg., Anm. 30; Danz, Auslegung, S. 229 Anm. 2; Oertmann, Rechtsordnung, S. 390; Mosse-Heymann, § 346,2.

6) JW 1922/706[2].

von ihm eine Antwort erfordern [7]). So hat man z. B. das Schweigen eines Nichtkaufmanns auf ein Bestätigungsschreiben dann als Zustimmung angesehen, wenn es sich um einen Geschäftsmann handelt, der „mitten im geschäftlichen Verkehr" steht, weil er z. B. als Leiter eines großen Unternehmens „mit den Gepflogenheiten des Handels vertraut" sein muß [8]), oder wenn es sich um ein Geschäft des Großhandels, d. h. um einen großen Abschluß handelt, denn dann sei davon auszugehen, daß eine Unterwerfung unter die für den Abschluß eines solchen Geschäfts geltenden Handelsgebräuche stattgefunden habe [9]).

Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Fall, in dem das Reichsgericht sogar hinsichtlich eines Rechtsanwalts ausgesprochen hat, er wäre, da er über diese Gepflogenheiten wohl unterrichtet sein müßte, nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, einem BestgSchrb., das er nicht habe billigen wollen, ausdrücklich zu widersprechen [10]).

Zusammenfassend ist folgendes zu sagen: Die für den kaufmännischen Verkehr geltenden Grundsätze sind ohne weiteres auf Nichtkaufleute nicht anwendbar. Daher kann das Schweigen eines Nichtkaufmanns als Empfänger eines BestgSchrb. nur „ausnahmsweise unter besonderen Umständen" [11]) als Zustimmung angesehen werden [12]). Das aber ist dann der Fall, wenn die Umstände des Einzelfalls auf eine besondere kaufmännische Qualifikation des Nichtkaufmanns schließen lassen. Es würde sonst umgekehrt gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn sich der kaufmännisch gewandte Nichtkaufmann auf seine Nichtkaufmannseigenschaft berufen könnte. In diesem Fall wendet daher auch die allgemeine Verkehrssitte auf ihn die Grundsätze der handelsüblichen Auffassung an, d. h. er muß es sich gefallen lassen, daß sein Schweigen als Zustimmung angesehen wird.

---

7) LZ 1920/755; OLG 23/2; 28/370.

8) DJZ 1906/264; SeuffArch 74/Nr. 109; Warneyer, 1919/50; LZ 1929/1033. Aehnlich sogar für den Besitzer eines großen Gutes, da dieses als Großbetrieb ebenfalls nach kaufmännischen Grundsätzen geführt werden muß: RG: Gruchot 71/253; vgl. LZ 1929/1033.

9) JW 1914/673.

10) JW 1931/524[6].

11) Gruchot 71/254.

12) Ebenso Staub-Heinichen, Anhg. zu § 372 Anm. 38 a. E.

Für die Minderkaufleute gilt nichts besonderes. § 346 HGB spricht nur von „Kaufleuten". Falsch ist es jedoch, die uneingeschränkte Geltung der oben gewonnenen Grundsätze aus der Tatsache zu entnehmen, daß die §§ 4 und 351 HGB die Vorschriften ausschlössen, die für Minderkaufleute nicht gelten sollten, da § 346 aber nicht darunter sei, könne man aus einem Schluß e contrario seine Anwendbarkeit herleiten, sodaß auch bei Minderkaufleuten grundsätzlich Schweigen als Genehmigung gelte [13]). Das geht zu weit. Zwar kann man aus § 346 HGB mit Recht auf die Geltung von Handelsgebräuchen auch für Minderkaufleute schließen, wesentlich ist jedoch, ob unter Minderkaufleuten gerade dieselben Gebräuche bestehen. Es gilt darum nicht ohne weiteres der (voll-)kaufmännische Brauch, sondern der u. U. erheblich abweichende Minderkaufmannsbrauch [14]). Nach diesem richtet sich daher die Wirkung des Schweigens.

13) Ehrenberg: Ehrenbergs Hdb. II, 1/130; OLG 34/374; Winkelmann, Diss. S. 41.

14) Staub-Bondi, I, Allg. Einltg. Anm. 30; Dür.-Hach.-Werner § 346 Anm. 12; ROHG 13/439; Gruchot 52/1100.

Lebenslauf.

Am 12. Januar 1910 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Max Zlotnitzki und seiner Ehefrau Gertrud in Graudenz (Westpr.) geboren. Nachdem ich bis zum Jahre 1923 das Gymnasium in Graudenz besucht hatte, trat ich Ostern 1923 in das Mommsen-Gymnasium zu Berlin-Charlottenburg ein, an dem ich im März 1929 die Reifeprüfung bestand. Ich widmete mich dann 7 Semester dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Berlin und Freiburg i. B. und bestand am 4. Mai 1933 die erste juristische Staatsprüfung am Kammergericht zu Berlin.

Egon Zlotnitzki.